مفتي قاضي زاده (١)

القطعة الثالثة من تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق

الجزء الثالث من تبيين

الحقائق في شرح كنز الدقائق

للزيلعي على مذهب الإمام

الأعظم أبي حنيفة

رحمه الله

١٧٤٤

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وأعن يا كريم

كتاب السير

السير جمع سيرة، واصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج. قال رحمه الله الجهاد فرض كفاية ابتداء يعني يجب علينا ان نبدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر وقال تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم، وقوله عليه السلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان تقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وعليه اجماع الامة ولكونه فرضا على الكفاية لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ولان في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي ان يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية به فوجب على الكفاية والذي يدل على انه فرض كفاية قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد القاعد بالحسنى ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة رضي الله عنهم يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان فرض عين لما قعدوا وهذا هو الذي تقرر عليه امر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابتداء الامر مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداية منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم بالبداية مطلقا في

الازمان

الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الايات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على ان تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ. قال رحمه الله فان قام به قوم سقط عن الكل لحصول المقصود بذلك على ما بينا انه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى. قال رحمه الله والا اثموا بتركه اي ان لم يقم به احد اثموا بتركه لانه واجب على الكل فياثموا بتركه. قال رحمه الله ولا يجب على صبي وامراة وعبد واعمى ومقعد واقطع لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج الاية نزلت في اصحاب الاعذار حين اهتموا بالخروج مع النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت اية التخلف ولانهم عاجزون والتكليف بالقدرة ولان الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به الى المهلكة والمراة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع. قال رحمه الله وفرض عين ان هجم العدو فتخرج المراة والعبد بلا اذن زوجها وسيده لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما ولهذا الولد لا يخرج بغير اذن والديه في غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما ولهذا كل سفر فيه خطر لان الاشفاق عليه يضرهما وان لم يكن فيه خطر فلا باس بان يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات مثلهما عند عدمهما ولهذا المدين لا يخرج الا باذن الداين الا في النفير العام والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية اي اخرجوا الى الجهاد شبانا وشيوخا وركبانا ومشاة وفقراء واغنياء وقد جاء في التفسير خفافا شبابا اغنياء وثقالا شيوخا فقراء وهذا ابلغ وفي الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فقوله في سعة اشارة الى ان مباشرة القتال لا يجب في كل وقت بل الاستعداد له كاف وقوله حتى يحتاج اليهم بعد قوله في سعة اشارة الى ان مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة اليهم وهو النفير العام لان المقصود حينئذ لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم

يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فان كان الذين هم يقرب
العدو عاجزين عن مقاومة العدو او قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل بهم
او تهاونا فرض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض عليهم على هذا
التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها
قال رحمه الله وكره الجعل ان وجد فيء والمراد به ان يضرب الامام الجعل
على الناس للذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته
حرام فيكره ما اشبهه ولان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا
من جملته **قال رحمه الله** والا اي ان لم يوجد في بيت المال فيء لا يكره
لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد اخذ النبي
عليه السلام دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضي الله عنه
كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد وقيل يكره
ايضا لما بينا والصحيح الاول لانه تعاون على البر وجهاد من البعض بالمال
ومن البعض بالنفس واحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس
والمال ومنهم من يقدر باحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى **وجاهدوا** ٥
باموالكم وانفسكم وقوله تعالى **ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم**
بان لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله وقال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر
والتقوى وقال عليه السلام المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا واطلق
الاباحة في السير ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله عليه السلام مثل المؤمن
الذي يغزو باجر كمثل ام موسى ترضع ولدها ولنفسها وتاخذ عليه الاجر وكانت
تاخذ من فرعون دينارا في كل يوم **قال** فان حاصرناهم ندعوهم الى
الاسلام لما روي عن ابن عباس انه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم
قوما قط الا دعاهم رواه احمد **قال** فان اسلموا والا الى الجزية اي فان اسلموا
كففنا عنهم قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل
الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها
ولا بد من ان يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اكتفى في الحديث

بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحدوا علم بذلك انهم امنوا بمحمد عليه السلام
لانهم لم يعرفوا ذلك الا منه عليه السلام وقوله والا الى الجزية اي ان لم يقبلوا الاسلام
يدعوهم الى الجزية لما روي انه عليه السلام اذا امر اميرا على جيش او سرية امره به
في حديث فيه طول رواه احمد ومسلم والترمذي وصححه ولانه احد ما ينتهي به القتال
لقوله تعالى **حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون** فوجب الدعوة اليه كما يجب
الى الاسلام وهذا في حق من تقبل منه الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان
من العجم واما من لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان فلا ندعوهم الى اداء الجزية
لعدم الفائدة اذ لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى **تقاتلونهم او يسلمون** قال
فان قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا اي ان قبلوا اداء الجزية لقول علي رضي الله عنه انما
بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ومراده بالبذل القبول
ولذا بالاعطاء المذكور في الاية لان العصمة تحصل لهم قبل ادائها بمجرد القبول **قال**
ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام لما روينا ولانهم بالدعوة اليه يعلمون انا نقاتلهم
على الدين لا على سبي الذراري وسلب الاموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال
ومن قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين بالدين والاحراز
بالدار فصار كقتل من لا يقاتل منهم وقال الشافعي يضمنون والحجة عليه ما بيناه ٥
قال رحمه الله وندعو ندبا من بلغته اي ندعو استحبابا من بلغته الدعوة مبالغة
في الانذار ولا يجب ذلك لما روي عن البراء بن عازب انه قال بعث رسول الله صلى الله
عليه وسلم رهطا من الانصار الى ابي رافع فدخل عليه عبد الله بن عتيك ليلا فقتله وهو
نائم رواه احمد والبخاري وقال في المحيط قالوا تقديم الدعوة الى الاسلام على القتال كان
في ابتداء الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض واما بعدما انتشر واستفاض
وعرف كل مشرك الى ماذا يدعى يجعل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة
وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن
ابن عون انه قال كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الي انما كان ذلك في
اول الاسلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم
تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية ابنة الحارث

من العرب

حتي حدثني به عبد الله بن عمرو وكان في ذلك الجيش رواه احمد ومسلم والبخاري وعن انس
كان رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا غزا قوما لم يغز حتي يصبح فان سمع اذانا امسك وان لم
يسمع اغار بعد ما يصبح رواه احمد والبخاري والاغارة لا تكون بعد الاعلام فاذا كان ذلك
في زمنه عليه السلام لم شتهار الاسلام فما ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ الشرق والغرب
فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم
قال رحمه الله والا نستعين بالله ونحاربهم بنصب المناجنيق وحرقهم وغرقهم
وقلع اشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم اي ان لم يقبلوا
الجزية نستعين بالله عليهم فنحاربهم بهذه الاشيا التي ذكرها وبكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم
والحاق الضرر بهم لما روي انه عليه السلام كان يقول في وصية امرا الجيش فان هم ابوا
فاسلهم الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم
رواه مسلم ولان الله تعالى هو الناصر لاوليايه والمدمر علي اعدايه فيستعان به في كل
الامور ويقاتل بكل ما يمكن لما روي الترمذي ان النبي صلي الله عليه وسلم نصب
المنجنيق علي اهل الطايف واحرق رسول الله صلي الله عليه وسلم بويره وكان فيها
نخل حتي قال الشاعر وهو حسان وهان علي سراة بني لوي ٥ حريق
بالبويرة مستطير ٥ وصح انه عليه السلام قطع النخل وقال الله تعالى في ذلك ما
قطعتم من لينة او تركتموها قايمة علي اصولها فباذن الله رواه احمد والبخاري
ومسلم ولان في ذلك كله الحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون
مشروعا وقد قال الله تعالى ولا يطون موطيا يغيظ الكفار وقوله ورميهم وان
تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم برميهم وان تترسوا بالمسلمين ونقصدهم
بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بذلك
لم يحل لهم لان الاقدام علي قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جايز الا ترى ان للامام
ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه
ونحن نقول امرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى ادي الي سد باب الجهاد لان حصونهم
ومدايتهم لا يخلوا عن مسلم ولان في الرمي دفع الضرر العام بالحاق ضرر خاص فكان
اولى الا ترى انه لا يجوز لنا ان نفعل بهم ذلك وان كان فيهم من لا يجوز لنا قتله ٥

٤

كنسايهم وصبيانهم والرهبان والشيوخ وبقصد بالرمي الكفار لان التمييز بالنية ممكن وان
لم يمكن فعلا والتكليف بحسب الطاقة وان اصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال
الشافعي تجب فيه الدية والكفارة لانه قتل مسلما خطا فيجب موجبه ولان الاطلاق للضرورة
لا ينافي الضمان كاكل مال الغير حالة المخمصة ولنا ان الجهاد فرض فلا يجامعه الغرامة
وحده وكالبزاغ والفصاد ولانه التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لان اكل مال الغير
حالة المخمصة ليس بفرض ولهذا هو رخصة حتي كان تركه اولي لو ثبوت ابتدا بالعزيمة ٥
وبخلاف المرور علي الطريق وضرب الزوجة لانه مطلق له وليس بفرض عليه فيكون
مقيدا بشرط السلامة قال رحمه الله ونهينا عن اخراج مصحف وامراة في سرية
يخاف عليها لما فيه من تعريض المصحف علي الاستخفاف وهو المراد بقوله صلي الله عليه
وسلم لا تسافروا بالقران في ارض العدو وقيل قاري القران وذكر الطحاوي ان هذا
النهي كان في ابتدا الاسلام حين كانت المصاحف والقرا قليلين فيخاف ذهاب شي
من القران ثم نسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقرا علي ظهر القلب والاول اصح
واحوط ولذا فيه تعريض المراة علي الضياع والفضايح فيكره اخراجها واذا دخل اليهم بامان
فلا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الخيانة
والحمل علي العادة وان كان العسكر عظيما فلا باس باخراج العجايز للخدمة من الطبخ
والخبز ومعالجة المرضي وغير ذلك لان الغالب فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم
والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال الا عند الضرورة لانه يستدل به علي
ضعفهم فيجتري عليهم العدو واما الشواب منهن فقرارهن في البيت اسلم والاولى
ان لا يخرجوا النسا اصلا خوفا من الفتنة وربما حوجهم امرنا فيشتغلوا عنهن فلا
يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحراير لان
حكم اختلاط النسا بالرجال في حق الاما اخف الا ترى انه لا باس للامة ان تسافر
بغير محرم وقضا الشهوة والخدمة يحصل بهن فلا حاجة الي الحراير قال رحمه الله
وغدر وغلول لما انه عليه السلام نهي عنهما وكلاهما هو الخيانة الا ان الغلول في المغنم
خاصة والغدر اعم قال ومثله لما روي عن صفوان بن عسال قال بعثنا
رسول الله صلي الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا

ثم نسخ

من كفر بالله ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه احمد وابن ماجه وفي شرح المختار
المنهي عنه بعد الظفر بهم ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم وهذا احسن ونظيره
الاحراق بالنار قال وقتل امراة وغير مكلف وشيخ فان واعمى ومقعد لما روي
انه عليه السلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه احمد والبخاري ومسلم وجماعه
اخر وعن انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول
الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان الادمي
خلق معصوم الدم ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف واباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره
ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على اصل العصمة وعلى هذا الرهبان الذين لا يقاتلون
والمقطوع احدى يديه واحدى رجليه واليمنى والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد
والاعمى لان القتل عنده بجناية الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار
الجزا وانما وجب في مقارنة بعض الجنايات في الدنيا لينتظم مصالح العباد لان
السفها لا ينتهون بمجرد الوعيد قال رحمه الله الا ان يكون احدهم ذا راي في الحرب
او ملكا فحينيذ يقتل لان في قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مايه وعشرين سنه وقيل ابن مايه
وستين سنه لانه كان صاحب راي وهو اعمى فاذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة
المسلمين فقتل نسايهم اولى اذا كان فيه مصلحه بان كان ملكا وان لم يكن فيه مصلحه
لا يقتل الا اذا قاتل فيقتل دفعا ولذا المجنون لا يقتل الا ما دام يقاتل وغيرهما لا باس
بقتله بعد الاسر الا اذا كان قد قاتل لانه من اهل العقوبة في الجملة لتوجه الخطاب
عليه وان كان المجنون يفيق في بعض الاوقات فهو في حال افاقته كالصحيح فيقتل
قاتل او لم يقاتل قال رحمه الله وقتل اب مشرك لقوله تعالى وصاحبهما في
الدنيا معروفا وليس البداية بالقتل من المعروف ولانه تسبب لحياته فلا
يكون هو سببا لافنائه قال ويابى الابن ليقتله غيره يعني اذا ادركه في
الصف او غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله عليه السلام لحنظلة
حين استاذنه بقتل ابيه دعه يقتله غيرك ولان المقصود يحصل بغيره من
غير ارتكابه المحظور وانه لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا

على المسلمين

على المسلمين ولكنه يلجيه الى مكان يتمسك به حتى يجي غيره فيقتله وان قصد الاب
قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا باس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وايثار لحياته وهو له
ان يدفع اباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر اولى وكذا له ان يوثر حياته الا
ترى انه لو كان للابن ما يكفي احدهما فللابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشا ولهذا
يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه لانه يمنع النفقه قصد اتلافه فكان الحبس فيه
من باب دفع الهلاك ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شي لعدم العاصم وقد قال عمير بن
مالك قال رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقيت ابي في العدو فسمعت منه مقالة
لك سيه فقتلته فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيه شي لبينه اذ هو موضع الحاجة
واجداده وجداته من قبل الاب والام كابويه حتى لا يبتديهم بالقتل ولا يكره قتل
اخيه وخاله وعمه المشركين لانهم ليسوا بالاصول الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم
مع اختلاف الدين بخلاف اخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لانه يجب احياوه بالانفاق
عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لا يجب
عليه احياوه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب قال رحمه الله ويصالحهم
ولو بمال ان خيرا اي يصالح الامام اهل الحرب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى
وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه
وسلم اهل مكة عشر سنين على ان يضعوا الحرب بينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين
لمواطاة كانت بينهم وبين اهل خيبر ولان الصلح جهاد في المعنى اذا كان فيه مصلحة
اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم الى المدة المذكورة بل يجوز اكثر اذا
تعين فيه الخيرية باطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حتى لا يجوز لقوله تعالى ولا
تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ولانه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح
تركا للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال
اي بمال ياخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال اولى اذا كان بالمسلمين
حاجة لما بينا انه جهاد في المعنى وان لم يكن لهم اليه حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد
صورة ومعنى والماخوذ من المال يصرف مصارف الجزية لانه ماخوذ بقوة المسلمين
كالجزية الا اذا نزلوا بدارهم للحراب والحرب حينئذ يكون غنيمة لكونه ماخوذا

بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين
لا يفعل الامام ذلك لما في ذلك من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين وفي الخبر ليس للمؤمن
ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك باي طريق امكن واجب وأراد رسول الله صلى الله عليه
وسلم يوم الاحزاب ان يصرفهم عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سيد الانصار
سعد بن معاذ وسعد بن عباده رضي الله عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض بما
امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطعمون من
ثمار المدينة الا بشرا او قرا فاذا اعزنا الله تعالى وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم
الا السيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحده فاحببت ان اصرفهم
عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذاك وسر عليه السلام بذلك فقال اذهبوا لا نعطيكم الا السيف
وميلانه عليه السلام في الابتداء دليل على انه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفه قلوبهم ليدفع ضررهم وكل ذلك جهاد معنى قال
رحمه الله ونبذ لو خير امضاه او صالحهم الامام ثم رأى نقض الصلح اصلح نبذ اليهم وقاتلهم
لان المصلحه لما تبدلت كان النبذ جهادا صورة ومعنى وابقاء العهد ترك الجهاد صورة
ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفي وان كان واجبا
ونبذ عليه السلام الى اهل مكه ويكون النبذ على الوجه الذي كان الامان فان كان منتشرا يجب
ان يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان امنهم واحد من المسلمين سرا يكتفي بنبذ ذلك
الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر فان كان الحجر يكون على الوجه الذي كان الاذن فيه من الجهر
والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى اطراف
مملكته وان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد وفي عساكر المسلمين او خربوا حصونهم
بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر هذا
اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضي المدة واما اذا مضت المدة بطل الصلح بمضيها فلا ينبذ
اليهم ولو كانت المواعدة على جعل فنقضه قبل مضي المدة رده عليهم بحصته لانه مقابل بالامان
في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه قال رحمه الله ويقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم
لان النبذ نقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك ولهذا اذا دخل
دار الاسلام جماعه منهم لهم منعه باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان

دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا
بانفسهم فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم يكن بهم منعة
لم يكن نقضا للعهد قال والمرتدين بلا مال اي يصالح المرتدين بلا اخذ مال منهم
لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير القتال طمعا فيه اذا كان في التاخير مصلحه للمسلمين كما في اهل
الحرب وانما لم يؤخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان كلا منهما ترك القتال بالمال غير ان الجزية
مؤبدة وهذا موقت وهم لا يقبل منهم الجزيه فكذا هذا قال رحمه الله فان اخذ لم يرد
اي ان اخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان اموالهم غير معصومه فجاز اخذها ابتداء بغير
رضاهم وعلى هذا اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها ان كان فيه مصلحه لاهل
العدل ولا يؤخذ منهم شيء لانه لا يجوز وضع الجزيه عليهم واموالهم معصومه قال
ولم يبع سلاحا منهم اي من اهل الحرب لانه عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تقويتهم فيحرم
وكذا الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد اصل السلاح وكذا بعد الصلح
لانه على شرف النقض او الانقضاء وكذا الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا
ولا فرق بين ان يكون مسلما او كافرا لما ذكرنا ثم ما يمنع المسلم من بيع المستامن منهم ايضا ان
يدخل به دارهم لما ذكرنا وان خرج هو بشيء مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا اسلم العبد
وان بادل شيئا مما ذكرنا بجنسه لا يمنع من الدخول به الا اذا كان خيرا منه فان باعه بدراهم ثم
اشترى غيره يمنع مطلقا ولم يمنع من ادخال الطعام والقماش والكباس ان يبيع لان فيه تقويتهم
الا انا نرجاه لما روي عنه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكه قال رحمه الله ولا
يقتل من امنه حر او حرة لان امان واحد حر من المسلمين كان او واحدا او جماعه صحيح لقوله
صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحده يسعى بها ادناهم رواه احمد الذمه العهد وادناهم
اي اقلهم عددا وهو الواحد فانه يتولى العهد المؤبد والموقت وقال عليه السلام ان المراه
لتاخذ للقوم اي تجير رواه احمد والترمذي وقال حديث حسن غريب واجاز عليه السلام
امان ام هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكه فيما رواه مسلم والبخاري واحمد ولان الواحد
من اهل القتال بنفسه او بماله او بماله ومن اهل منعة الاسلام يخافونه فيتعدى امانه في
حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى الى غيره ضرورة عدم التجزي لكون سببه لا يتجزى وهو
الاسلام فصار كولاية التزويج بيان انه لا يتجزى ان العصمة من القتل وحرمة الاسترقاق

والاستغنام لا يتصور ان يثبت في بعض شخص دون بعضه وما لا يتجزى لا يثبت الا كاملا
فيثبت في الكل في حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل
وشرط ان يكون العاقد حرا لان الرقيق ليس من اهل الجهاد فلا يخافه فلم يحصل له الامنة من حتى
يتعدى الى غيره **قال** ونبذ او شرا اي نبذ الامام الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح
المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يوم
القيامة يعرف به رواه احمد والبخاري ومسلم ويؤدب الامام لافتياته بنفسه بخلاف
ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما يفوت بالتاخير فيعذر **قال** وبطل امان ذمي
لانه متهم بهم ولهذا لا ولاية له على المسلم ولم يوجد منه سبب الامان ايضا وهو الايمان
الا اذا امره امير العسكر بان يؤمنهم فيجوز امانه لتبدل ذلك المعنى لراي المسلم **قال**
واسير وتاجر لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف ولانهما
يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولو جاز مثل هذا لتخلصوا بامانه كلما اشتد عليهم
الامر فيؤدي الى سد باب الفتح ولهذا امان المسلم الذي اسلم في دارهم ولم يهاجر الينا
ولهذا لو دخل مسلم في عسكر اهل الحرب في دار الاسلام وامنهم لا يصح امانه لانه مقهور
بمنعتهم فلا يصح اذا امنهم من بعا وهم بخلاف ما اذا امن عشرين او نحوهم في دار الاسلام
حيث يجوز امانهم لان الواحد وان كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه
قاهر ممتنع بمنعة المسلمين اذ هم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين فكان قاهرا لهم
حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكونون في قهره حقيقة ولا حكما الا ترى ان
قوما من اهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير امان كانوا فيئا ولو دخل جند عظيم منهم
فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم مصيرهم مقهورين
بحضورهم في دار الاسلام وعلى هذا التفصيل لو خرج واحد من دار الحرب الى دار
الاسلام او في دار الحرب الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بشوكتهم اذا كانوا جندا عظيما
والا فيئا بلا امان فلا يجوز غدرهم **قال** وعبد محجور اي لا يجوز امان عبد محجور
عليه عن القتال وقال محمد والشافعي يجوز امانه وابو يوسف مع محمد فيما ذكره
الطحاوي لمحمد والشافعي ما روينا من قوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى
بها ادناهم اي ادناهم حالا وهو العبد ولانه مؤمن من اهل القتال فيخافونه فيكون

بروايه صح

اهلا للامان كالماذون له في القتال وهذا لان الاذن تاثيره في رفع المانع لا في اثبات الاهلية
لمن ليس باهل واهليته هذا التصرف بالايمان والامتناع ولهذا لو عقد معهم عقد الذمة
جاز لما قلنا فكذا هذا بل اولى لانه ليس للتابيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه وانما لا
يملك القتال لما فيه من تعطيل مصالحه على المولى ولا تعطيل في الكلام المجرد بل فيه
نفع يعود الى المولى وغيره من المسلمين اذ الكلام فيه في مثل هذه الحالة ولابي حنيفة
ان الامان جهاد معنى على ما ذكرنا وهو محجور عليه عنه فيكون محجورا عليه عن الامان
تحقيقه ان الامان ازالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف يصح امانه ولانه
نوع جهاد فلا يملكه الا من باشره فيخطي ظاهرا فيمنع كيلا ينسد عليهم باب الفتح بخلاف
العبد الماذون له في القتال لانه عالم بوجوه الجهاد ويخافونه لمباشرته القتال ٥
وبخلاف المراة لانها من اهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها فهي تخرج فتعمل على ما يليق
بحالها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام
فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية فيكون نفعه ظاهرا ولانه فرض عليهم
عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فافترقا ولو امن صبي لا يعقل لا يصح
كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في
القتال فالاصح انه بالاتفاق والمختلط العقل الذي لا يعقل الاسلام ولا يصفه بمنزلة
الصبي الذي يعقل فيما ذكرنا والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

قال رحمه الله ما فتح الامام عنوة قسم بيننا او اقر اهلها ووضع الجزية والخراج يعني اذا فتح
الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين يعني بعد اخراج الخمس
كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهلها عليها ووضع عليهم الجزية
وعلى اراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضي
الله عنهم اجمعين ولم يحمد من خالفه من الصحابة وغيرهم رضي الله عنهم وقال عمر رضي الله
عنه اما والذي نفسي بيده لولا ان اترك اخر الناس ببانا ليس لهم من شيء ما فتحت
على قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ولكني اتركها خزانة
لهم يقتسمونها رواه البخاري وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني
عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوايب وهذا في العقار واما في المنقول وحده

فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد فيه الشرع ولانه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار
الدوام نظرا لهم ولمن يجي من بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب وحدها دون الارض لانه
ينقطع بالموت والاسلام وانما يجوز تبعا للاراضي كي لا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد
ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع لهم المنقول قدر ما يتهيا لهم به العمل لان عمر رضي
الله عنه ترك لهم ذلك وهو القدوه في الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا
يقدرون على الزراعة الا بالتها فيكره ان يجليهم بها بدون الالة وقال الشافعي لا
يجوز المن عليهم بالاراضي بل يقسمها بين الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلاء فلا
يجوز ابطال ملكهم او حقهم عنها الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف
المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل اصلا فبالعوض القليل اولى
وهذا لان الادمي حر باصل الخلقة والرق عارض بمشية الامام بعد الاسر
فله ان يتركهم على اصل الحرية ولنا ما روينا من اجماع الصحابه رضي الله عنهم وفتح رسول
الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين
والدليل على انها فتحت عنوة قول ابي هريرة فانطلقنا وما يشا احد منا ان يقتل
منهم ما شاء الا قتله فقال عليه السلام لما اشتد عليهم القتل من اغلق بابه فهو
امن ومن دخل دار ابي سفيان فهو امن كل ذلك رواه احمد ومسلم واجارت ام
هاني رجلا فاراد علي قتله فمنعته فاخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
قد اجرنا من اجرت يا ام هاني رواه احمد والبخاري ومسلم ولو كان فتحها بالصلح
لحصل الامان بذلك لا بما ذكرنا ولان فيه نظرا لهم ولمن يجي من بعدهم لانهم كالاكره
العاملة لهم العالمه بوجوه الزراعة والمون مرتفعة عنهم والخراج وان قل في
المال فهو اكثر في المال فالقليل الدايم خير من الكثير المنقطع قال رحمه الله
وقتل الاسرى او استرق او ترك احرارا ذمة لنا معناه ان الامام بالخيار في الاسرى
ان شاء قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة فانه قتل مقاتلهم
واسترق ذراريهم وفيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه توفير
المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جوازه الا مشركي العرب
والمرتدين لما عرف في موضعه وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين كما فعل

عمر رضي الله عنه على ما بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعه لهم لانه لا الا مشركي العرب [قاق]
الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى وليس لهم فيمن اسلم منهم
الا الاسترقاق لان قتله او وضع الجزيه عليه بعد اسلامه لا يجوز قال
وحرم ردهم الى دار الحرب والفدا والمن لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين
وعودهم حربا علينا ودفع شرهم خير من انقاذ الاسير المسلم لان بقاه في ايديهم
غير مضاف الينا وتقويتهم بدفع اسيرهم مضاف الينا فيحرم وعن ابي حنيفة
انه لا باس بان يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من ايديهم
واجب ولا يتوصل اليه الا به وليس فيه اكثر من ترك قتل اسرى الكفار وذلك
جايز بدون هذا الا ترى ان للامام ان يتركه ويضع عليه الجزيه على ما بينا ومنفعه
تخليص المسلم اولى من استرقاقهم او جعلهم ذمة وقد روي انه عليه السلام فادى
بهم اسارى المسلمين وذكر في السير الكبير ان هذا هو اظهر الروايتين عن ابي
حنيفه وقال ابو يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمه
حقيقه الملك فلا يجوز ابطاله بدون رضاه بعوض جبرا كالمعاوضات بخلاف
ما قبلها لانه لم يثبت فيه حقيقته وانما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الامام من
التصرف فيه ولو اسلم الاسير لا يفادي به لعدم الفايدة الا اذا طابت به نفسه
وهو مامون على دينه واما المفاداه بالمال فلا يجوز عند عدم الحاجة الى المال
وان احتاجوا اليه جاز وقال الشافعي يجوز مطلقا ولذا مفاداة اسراهم باسرا
المسلمين يجوز عنده لقوله تعالى فشدوا الوثاق فاما منا بعد واما فداء
واخذ عليه السلام من المشركين يوم بدر المال فداء عن انفسهم قلنا نسخ ذلك
كله باية السيف لان المن والفدا مذكور في سوره محمد وهي مكيه وايه السيف
في سوره براءه وهي اخر سورة نزلت وعوتب عليه السلام على الاخذ يوم بدر
بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الايه فجلس عليه السلام هو وابو بكر
يبكيان وقال عليه السلام لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان
قال بقتلهم دون اخذ الفدا منهم قال رحمه الله وعقر مواش شق اخرا [جها]
فتذبح وتحرق يعني يحرم عقر المواشي في دار الحرب اذا تعذر اخراجها الى دار

الاسلام بل تذبح وتحرق وقال الشافعي تترك في دار الحرب لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة
الا لماكله ولنا ان ذبح الانعام جائز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم والحاق الغيظ
بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا باللحم كما تخرب بيوتهم وتقطع اشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق
قبل الذبح لانه منهي عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة وما لا يحترق منها يدفن في
مكان لا يقفون عليه كيلا ينتفعون بها وان تعذر عليهم نقل السبي يقتل الرجال منهم وتخلى
الذراري في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كيلا يعود ضررهم علينا بالتوالد قال
وقسمة غنيمة في دارهم لا للايداع اي حرم قسمة الغنيمة في دار الحرب بغير ايداع وقال
الشافعي يجوز قسمتها في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على ان الملك لا
يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبنى على هذا الاصل مسائل
منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم ومنها
ان واحدا من الغانمين لو وطئ امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده وصارت
ام ولد له وعندنا لا يثبت لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الامة والولد والعقر بين
الغانمين ومنها جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا لا ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز
بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث ومنها ما لو اتلف واحد من الغزاة
شيئا من الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يضمن عندنا وعنده يضمن له ان النبي
صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر فيها وغنائم بني المصطلق فيها ولان سبب الملك قديم
وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب ولنا انه عليه
السلام نهى عن بيع الغنيمة لاشتمالها على المبادلة معنى والبيع ايضا على الخلاف
فيكون حجة عليه فيه وفي القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا يتقاعدوا
عن الغوث ولان الاستيلاء يكون باثبات اليد ولم يتم ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ
ظاهرا اذ القوة لهم في دارهم فصار كما لو قسم قبل الهزيمة وقبل استقرارها وما روي
محمول على انه عليه السلام فتح تلك البلاد وصارت دار اسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف
فيما اذا لم تصر دار اسلام ثم هي لا تجوز عندهما وعند محمد تكره كراهة تنزيه وعند الشافعي
لا تكره فيترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا لا يترتب وقيل جاز بالاتفاق لانه فصل
مجتهد فيه وقد امضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد فهو

موضع الخلاف

موضع الخلاف وقوله لا للايداع دل على ان القسمة للايداع جائزة وصورتها ان لا تكون
للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها
الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها ليحملوها فان ابوا ان يحملوها اجبرهم على ذلك باجر المثل
في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص كما لو استاجر دابة شهرا
فمضت المدة في المفازة او استاجر سفينة فمضت المدة في وسط البحر فانه
ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل ولا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه لا يجبر
على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر
على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو استمهال منه ولو كان
في بيت المال او في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم قال رحمه الله وبيعها
قبلها اي حرم بيع الغنائم قبل القسمة لقوله عليه السلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم
الآخر ان يبتاع مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه رده
فيه ولا ان يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد وابو داود
ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملكه على ما بينا وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول
فلا يمكنه ان يبيع قال رحمه الله وشرك الردء والمدد فيها اي في الغنيمة اما الردء
فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال وهو السبب عندنا لا
حقيقة القتال ولهذا يعتبر كونه فارسا او راجلا عندها وعند الشافعي شهود الوقعة
وقد تحقق واما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز بالدار وقد
شاركوهم في هذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم في الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين
على الامداد والتعاون على قهر العدو والتلاحق وقد قال الله تعالى يا ايها النبي
حرض المؤمنين وفي عدمه عكسه من التقاعد وعدم التناصر فيؤدي الى خذلانهم
فلا يجوز وفيه خلاف الشافعي اذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وبعد الهزيمة بناء
على اصله ان الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا تملك باحدى امور ثلاثة
بالاحراز بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى او بالقسمة وهو
اكد من الاحراز لانه يحصل به الملك الخاص او بالبيع لان جوازه يعتمد ملكا مستقرا
فالحكم به حكم باستقراره قال رحمه الله لا السوقي بلادنا اي لا يستحق

اهل سوق العسكر من الغنيمة الآن يقاتلوا وفي قول الشافعي يسهم لهم لأنهم شهدوا الوقعة
ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا ان سبب الاستحقاق
المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو
فان قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره
كالحاج اذا اتجر في طريق الحج لا ينقص اجره وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او هو
محمول على انه شهدها على قصد القتال قال رحمه الله ولا من مات فيها وبعد الاحراز
بدارنا يورث نصيبه اي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات
قبل ان تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث يجري
في الملك ولا ملك قبله خلافا لما بعده على ما بينا من قبل وعند الشافعي يورث اذا ٥
مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بينا قال وينتفع بها
بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه
انه قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فناكله ولا نرفعه رواه البخاري وهذا
دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر ان جيشا غنموا في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يوخذ منهم الخمس رواه ابو داود وهذا يويد
ما ذكرنا وهو محمول على انه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال اصبت جرابا
من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت لا اعطي اليوم احدا من هذا شيئا فاذا رسول الله
صلى الله عليه وسلم متبسما رواه احمد وابو داود والنسائي وهذا اقوى حيث لا
يامره عليه السلام برده في الغنيمة وعن ابن ابي اوفى قال اصبنا طعاما يوم خيبر
فكان الرجل يجي فياخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه ابو داود ولم يقيد اباحة
الانتفاع هنا بالحاجة وهو رواية السير الكبير وقيدها بها في السير الصغير لانه
مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة كالدواب والثياب ووجه
الاولى اطلاق ما روينا ولان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب
اذ هو لا يقدر ان يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول
لضاق عليهم الامر بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل
الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز له التناول ايضا فتعلق الاطلاق بحقيقة

الحاجة فيها ثم يرد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق في الطعام بين ان يكون مهيا للاكل وبين
ان لا يكون مهيا له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردون جلودها
في الغنيمة ذكره في السير الكبير في الجزور وكذا اكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة
واليابسة والسمن والزيت وكل شيء هو ماكول عادة وهذا الاطلاق في حق من له
سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها غنيا كان او فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك
ولذلك المدد لان لهم سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة وطبخ
اللحم فلا باس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يوكل عادة لا يجوز له ان ينتفع به مثل
الادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبهه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط
والمخيط ولان هذه الاشيا لا توكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل للزينة ويستعملون
الحطب والطيب يعني عند الحاجة ويركبون الدواب اذا احتاجوا اليه قال رحمه الله
ولا يبيعها لما بينا من قبل ولانه لا يملكه بالاخذ وانما ابيح له التناول للضرورة والمباح لا
يملك البيع وان باعه احدهم رد الثمن الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالثياب والسلاح والدواب
والمتاع بغير حاجة والاولى ان يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا اليه كلهم لان المحظور يستباح
للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم اولى من مراعاة حق المدد وهو يحتمل ايضا لا
يدري ايلتحق اولا فلا يعارض المحقق عند الحاجة وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وان
احتاجوا اليه لان حاجتهم للوطي والخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج قال
وبعد الخروج منها لا اي بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح
وهو الضرورة ولان حقهم قد تاكد حتى يورث نصيبه فلا يورث الانتفاع بدون
رضاهم قال رحمه الله وما فضل رد الى الغنيمة اي الذي فضل في يده من الذي
كان اخذه قبل الخروج من دار الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار
الاسلام لزوال الحاجة والاباحة باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان
غنيا تصدق بعينه ان كان قايما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا
شي عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة قال رحمه الله ومن
اسلم منهم احرز نفسه وطفله اي من اسلم من اهل الحرب في دار الحرب احرز باسلامه
نفسه واولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه

لانهما اجزاء الكفر ابتداء ولدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره
بالاسلام واولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا اسلم قبل ان ياخذه المسلمون
وان اسلم بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يرتفع بالاسلام
حقيقة الملك وكذا لو اسلم بعد ما اخذ اولاده الصغار وماله ولم يوخذ هو حتى
اسلم احرز باسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب في غيره قال وكل مال
معه لقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم وقال عليه السلام لصخر ان القوم اذا اسلموا
احرزوا مني دماءهم واموالهم ولان يده الحقيقية سبقت اليه يد الظاهرين فكانت
اولى قال رحمه الله او وديعة عند مسلم او ذمي لانه في يده حكما اذ يد
المودع كيد المودع لانه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما اذا
كانت في ايديهما غصبا حيث تكون فيئا عند ابي حنيفة لان يده ليست كيد المالك
وبخلاف ما اذا كان في يد الحربي وديعة او غصبا لان يده ليست بمحترمة ولا
صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها قال رحمه الله دون ولده الكبير لانه كافر
حربي غير تابع له في الاسلام وغيره فلا يكون معصوما عن القتل والاستغنام
بخلاف اولاده الصغار قال وزوجته وحملها لانها كافرة حربية غير تابعة له
فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق وقال الشافعي لا يكون الحمل فيئا
لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق
تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا في حق التبع بمنزلة الابقاء والاسلام لا
ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية قال رحمه الله وعقاره
لانه ليس في يده حقيقة فيكون فيئا وقال الشافعي هو له ولا يكون فيئا لانه في
يده كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هي من جملة دار الحرب
فلم تكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد يكون له كغيره من الاموال بناء على ان اليد
حقيقة تثبت عنده في العقار الا ترى انه متصور فيه الغصب عنده وبه كان
يقول ابو يوسف اولا ثم رجع عنه قال وعبده المقاتل لانه لما تمرد على
مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان غصبا في يد حربي او

او وديعة فيء لان يده ليست بمحترمة ولذلك اذا كان في يد مسلم او ذمي غصبا
عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة
باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر
معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا ولهذا لم تصر
متقومة بالاسلام واباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالاسلام فلهذا لم
يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك على ما كان
وابو يوسف مع ابي حنيفة في رواية ومع محمد في اخرى ولو ان مسلما او ذميا دخل دار
الحرب بامان فاصاب مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من اسلم في دارهم في
جميع ما ذكرنا الا في حق مال في يد حربي في رواية ابي سليمان لان العصمة كانت ثابتة
لهذا المال تبعا للمالك فلا تزول وفي رواية ابي حفص تكون فيئا لما ذكرنا
وقالوا رواية ابي سليمان اصح وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم واما اذا
اغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند ابي حنيفة يصير جميع ماله
فيئا الا نفسه واولاده الصغار فمحمد سوى بين الاغارة والظهور لاستوائهما في
التسبب للملك وابو حنيفة فرق بينهما والفرق انه بالظهور صارت الدار دار
الاسلام فكانت يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار منعة المسلمين
ويد المسلمين يد محترمة فلا يجوز ابطالها واما بالاغارة فلم تصر دار اسلام فلم تصر
يده على المنقول ثابتة حكما لان يد اهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على
الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار الحرب
والعصمة انما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم يوجد فبقيت على اصل
الاباحة وحكم من اسلم في دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل ذكره في المحيط
والله اعلم **فصل في كيفية القسمة** يجب على الامام ان يقسم الغنيمة
ويخرج خمسها ويقسم اربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع
المسلمين قال رحمه الله للراجل سهم وللفارس سهمان وهذا عند ابي حنيفة وقالا
للفارس ثلاثة اسهم وبه اخذ الشافعي لقول ابن عمر انه عليه السلام اسهم للفارس
ثلاثة اسهم وللراجل سهم رواه الجماعة ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة امثال

الراجل الفارس لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير ولابي حنيفه قول مجمع
بن جارية قسمت خيبر الي ان قال عليه السلام اعطي الفارس سهمين والراجل سهما
رواه احمد وابو داود ولان الكر والفر من جنس واحد اذ الفارس يستحق لنفسه
وانما استحق لاجل الكر فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولان
مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم علي سبب ظاهر وهو الراس والفرس
مع انا نمنع ان زيادة الغناء تحق به الزيادة بل ما ذكرنا الا ترى ان الشاكي بالسلاح
اكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه علي
الاصل وما رواه محمول علي التنفيل كما روي انه عليه السلام اعطي سلمة بن الاكوع
سهم الفارس والراجل رواه احمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلا اجيرا لطلحة والاجير
لا يستحق سهما من الغنيمة وانما اعطاه لجده في القتال وقال خير رجالنا سلمة بن الاكوع
وخير فرساننا ابو قتادة **قال رحمه الله** ولو له فرسان اي ولو كان له فرسان
لا يستحق له الا سهم يعني معناه انه لا يسهم الا لفرس واحد اذا قاد فرسين او اكثر
وقال ابو يوسف يسهم للفرسين لانه عليه السلام اعطي الزبير خمسة اسهم ولانه يحتاج
في القتال الي فرسين وربما يعيي الواحد فيحتاج الي الاخر ولهما ان النبي صلي الله عليه
وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد ولانه يستحق السهم بالارهاب
عند مجاوزة الدار باعتبار ما يؤول اليه امرهم من القتال معهم فارسا او راجلا لا
يتصور الا علي فرس واحد فلا يسهم له لاغير ولهذا لا يسهم لثلاثة واكثر بالاتفاق
والصحيح من حديث الزبير انه عليه السلام اعطاه اربعة اسهم سهما له وسهما لامه
صفية وسهمين لفرسه رواه احمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول علي التنفيل
علي نحو ما ذكرنا من حديث بن الاكوع والذي يدل عليه انه ليس فيه انه قاد فرسين
قال رحمه الله والبراذين كالعتاق لان الارهاب هو السبب وذلك باسم
الخيل قال الله تعالي **ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله** وهو يتناولهما
والهجين والمقرف ولان العتاق اذا كان اقوى في الجري فالبرذون اصبر والين
عطفا ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا واهل الشام لا يسهمون
للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعني **قال رحمه الله** لا الراحله

هو الزبير بن العوام

والبغل

لا الراحله والبغل اي لا يكون الراحلة والبغل كالعتاق حتي لا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما
اذ لا يقاتل عليهما **قال** والعبره للفارس والراجل عند المجاوزة اي يعتبر كونه
فارسا او راجلا عند مجاوزة الدار حتي لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل
راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشتري فرسا استحق سهم الراجل وعن
ابي حنيفه انه لا يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو اولي من
التقديري وعند الشافعي يعتبر كونه فارسا او راجلا حال انقضاء الحرب لانه سبب
للاستحقاق اما المجاوزة نفسها اقوى الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا يحتاج عند
الدخول الي شوكة وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب
الامام اسماء الفرسان والرجالة عندها لاغير وبقول العدو ولم دخلوا والجهاد يكون
بالارهاب كما يكون بالقتل وبه يستحق الفارس الزيادة لا بالقتل فعلم بذلك ان الار
والارعاب اشد عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالي **ترهبون به عدو الله**
وبقوله ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وبه ينكسر همتهم ويتلبسون فكانت هذه
الحالة اولي بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو الشرط الا ترى انا حدا لم يشترط
بقاء الفرس الي تمام الاستحقاق حتي لو هلك الفرس بعد استقرار الهزيمة قبل احراز
الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معني لما قاله الشافعي لان الوقوف علي حقيقة القتال
متعسر لانه حال التقاء الصفين والاحكام لا تعلق بمثله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا
لضيق المكان استحق سهم الفارس ولذا لو قاتل في السفينة لتاهبه للقتال فارسا
وهو كالمباشرة الا ترى ان الردء والمدد يستحقون به ولذا الجند فيما اصابت السريه
ويشترط ان يكون الفرس صالحا للقتال بان يكون صحيحا كبيرا حتي لو دخل مهرا او مريضا
لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال ولذا لو باعه او رهنه او اجره او
وهبه بعد المجاوزة في رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر
الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام علي هذه التصرفات يدل علي انه لم يكن
من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان
ولذا اذا باعه حال القتال عند البعض والاصح انه لا يستحق سهم الفرسان لان
بيعه يدل علي ان غرضه التجاره الا انه كان ينتظر عزته ولو دخل علي فرس مغصوب

هاب

لـ

بعض

ب

او مستعارا او مستاجرا ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان في رواية
اعتبارا للمجاوزة وفي رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم يقصد على القتال فارسا حيث دخل
على هذا الفرس مع علمه ان لصاحبه ان يسترده اي وقت شاء او ان مدة الاجارة تنقضي
قال رحمه الله وللمملوك والصبي والذمي الرضخ لا السهم لقول ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة
واما سهم فلم يضرب لهن وقال ايضا لم يكن للمراة والعبد سهم الا ان يحذيا من غنايم
القوم رواهما احمد ومسلم وقال ايضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المراة والمملوك
من الغنايم دون نصيب الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والمراة
والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا
السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم على القتال وما روي انه
عليه السلام اسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواهما الترمذي والنسائي
فيما رواه احمد وابو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه وتوهم
عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ لهم اذا باشروا القتال وكانت المراة تداوي
الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون جهادها عملا
يليق بحالها او دل الذمي على الطريق لان في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ
السهم لانهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم
اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه
التسوية في الجهاد اذ ما ياخذه في الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير
لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستاجر لا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار
كاهل سوق العسكر وان لم يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له اجر ونصيب في الغنيمة
قال رحمه الله والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذووا
القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم اي يقدم الفقراء من ذوي القربى على
الطوايف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه
فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب
ولا يكون لغيرهم فحاصله ان الخمس يقسم اثلاثا عندنا وعنده اخماسا سهم لذوي

والمراة صح

القربى

القربى يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي لثلاثة لقوله تعالى **فان لله
خمسه وللرسول ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم** يا بني هاشم ان الله كره لكم
غسالة ايدي الناس فحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ولم يعرف
في الكتاب ولا في السنة التسوية بين الفقير والغني واعطى عليه السلام العباس وكان غنيا
ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا
وبه تبين ان قسمته عليه السلام لم تكن بطريق الحتم وفيما روي اشارة الى ان الاغنياء منهم لا
يستحقون لان العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه
السلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزالوا معي
هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وتبين بهذا ان المراد من ذوي
القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم تحرم الزكوة على بعض الهاشمي لعدم
النصرة كالاولاد ابي لهب وقد بيناه في الزكوة يحققه انه عليه السلام اعطى بني المطلب
ولم يعط بني عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فجاء عثمان وهو من بني عبد
شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي
وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وبني المطلب في القرابة اليك سواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا
فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم معه حين ارادت
قريش قتله عليه السلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش ولو كان لاجل القرابة
لما خصهم لان عبد شمس ونوفلا اخوا هاشم لابيه وامه والمطلب كان اخاه لابيه فكانا
اقرب منه اليه والمراد بالنصرة كونهم معه يوانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة
ولهذا كان للنساء فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه السلام لعدم تلك العلة وهي
النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخي لانه في معنى الصدقة حتى كانوا ياخذونه في
زمنه عليه السلام وفي قوله تعالى **كي لا يكون دولة بين الاغنياء** اشارة اليه وقال
الطحاوي سقط نصيب الفقراء ايضا والاول اظهر **قال** وذكره تعالى للتبرك
يعني ما ذكر الله تعالى من الخمس بقوله تعالى **فان لله خمسه** لافتتاح الكلام تبركا باسمه
تعالى لان الكل له وهو غني لا يحتاج الى شيء **قال رحمه الله** وسهم النبي صلى الله عليه
وسلم سقط بموته كالصفي لانه عليه السلام كان مستحقه بالرسالة ولا رسول بعده

الا ترى انه لما اضيف اليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا الصفي وهو شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويعينه ويستعين به على امور المسلمين وكانت صفية من الصفي رواه ابو داود قال رحمه الله وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن خمس ما اخذوا والا لا يعني وان لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهرا وغلبة وذلك يحصل بالمنعة وان لم يكن لهم منعة يكون اخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة فلا يخمس وان دخلوا باذن الامام فالمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم التزم نصرهم بالامداد فصار كالمنعة بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس لانه لا يجب عليه نصرهم اذ ليس فيه وهن المسلمين بخلاف ما اذا كان لهم منعة حيث يخمس لانه يجب عليه نصرهم حتى لا يلزم وهن المسلمين قال رحمه الله وللامام ان ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال قال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس في رجعته رواه احمد وابو داود وكان عليه السلام ينفل في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث رواه احمد وابن ماجة والترمذي وكان الزيادة في الرجعة لاجل انهم يملون وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهرا الا انه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا الا ترى انه لو نفل السرية بالكل جاز فهذا اولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكر هاهنا كالدراهم والدنانير او بقول من اخذ شيئا فهو له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما او رضخا فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته انا فلي سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه يبين نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على

القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل الاجير والمريض منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال او هم مقاتلون برايهم ولا ينبغي له ان ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم بعد الخمس او لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل وابطال الخمس فلا يجوز قال رحمه الله وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط يعني لا يجوز ان ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين قد تأكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للامام ان ينفل منه فان قيل حق الفقراء ايضا قد تأكد في الخمس فوجب ان لا يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين قلنا انما جاز ذلك باعتبار ان المدفوع اليه مصرف بان كان فقيرا وهذا لان المستحق فقير غير معين فاذا جاز صرفه الى فقير لم يقاتل فصرفه الى فقير مقاتل اولى لان فيه مصلحة المسلمين وصرف المال الى المستحق واما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا من التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلاثة قال رحمه الله والسلب للكل ان لم ينفل اي السلب لجميع الجند من جميع الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال الشافعي هو للمقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه من لا يستحق الغنيمة وانما قلنا انه غنيمة لانه مأخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا تعتبر المباشرة الا ترى ان الرد يستحق الغنيمة بغير مباشرة قتال فيقسم قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال انتهيت الى ابي جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت انا وله بسيف لي غير طائل فاصبت يده فبدر سيفه فاخذته

نضربته حتى قتلته ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فنفلني بسلبه رواه احمد ولو
كان السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه ان عادتهم كانت جارية بان السلب
كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه السلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه يوم
حنين لما اصابهم ما اصابهم واراد بذلك عليه السلام تحريضهم على القتال حتى روي ان
ابا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله واخذه بعد ما كان تركه واخذ ابو طلحة يومئذ
سلب عشرين رجلا والذي يدل على ما قلنا ان خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله
وكان عليهم اميرا فاخبر النبي عليه السلام بذلك فقال له اعطه ثم قال لا تعطه ولو كان
نصب شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم واحمد ولا يقال لعل هذا
متقدم لان عوف بن مالك ذكر انه قال لخالد وهو الراوي لهذا الحديث ما علمت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكن استكثرته
ولو كان نصب شرع لاستحقه ولم يمنعه عليه السلام عنه وانما منعه خالد لانه لم
ينفلهم به في تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر في جنس واحد على ما بينا من قبل
وليس في الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما
عرف في موضعه ثم اذا مات المقتول على فوره فلا اشكال فيه ان سلبه يكون للقاتل
وان تاخر موته فان لم تقسم الغنيمة قبل ان يموت فكذلك وان مات بعد القسمة فلا
يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تاكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل
والغانمون في موته فقال مات قبلها وقالوا هو بعدها فالقول قولهم لانهم ينكرون
ولو اثخنه واحد وقتله اخر فالسلب لمن اثخنه ولو مات فسلبه المشركون ثم وقع
سلبه في الغنيمة لا ياخذه القاتل ولو جرحه نفسه ولم يسلبوا منه ثم ظهر عليهم
المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب بالاخذ فانقطع ملك القاتل
واذا لم يسلبوا منه لم يملكوا منه شيئا قال رحمه الله وهو مركبه وثيابه
وسلاحه وما معه يعني السلب هو هذه الاشيا للعرف وكذا ما على مركبه او
ركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او في وسطه
وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر في الهداية وفي المحيط لو قال الامير من قتل
قتيلا فله فرسه فقتل رجل راجلا ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين

يكون

يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن
منه بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع
حق الباقين عنه فاما الملك فلا يثبت له حتى يحرزه بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو
قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها رجل فاستبراها لا يحل له وطيها ولا بيعها
وكذا لو اتلف السلب غيره من الغزاة بعد ما اخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف محمد
بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية
في دار الحرب يحل له وطيها بعد الاستبرا قلنا هذا بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية
في دار الحرب فاستبراها حيث لا يجوز له وطيها لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها حتى
لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر
ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار كما في الغنيمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر
يدا مقهور دارا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام
القهر وانما اثره في افادة التخصيص وقطع الشركة فاما السبب للملك بعد التنفيل
فهو الذي كان سببا قبله فاشبه المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية
المشتراة في دار الحرب لان السبب فيها العقد والقبض والله اعلم بالصواب

باب استيلاء الكفار

قال رحمه الله سبا الترك الروم واخذوا
اموالهم ملكوها لان الاستيلاء في المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكافر اذا
استولى على كافر اخر او على ماله في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب
الملك كالاحتطاب والاصطياد والشرا ونحو ذلك فكذا بهذا السبب كالمسلم
بل اولى لان الدنيا لهم والكفار بعضهم مستحل دما بعض واموالهم عند اختلاف
الملة والملك فوجب ان يملكوها بالاستيلاء كما يملكه المسلم به قال وملكنا ما
نجده من ذلك ان غلبنا عليهم اي من الذين سبوه من الروم واخذوه من اموالهم
لانه لما ملكوه واموالهم التحقوا بسائر اموالهم وكما يملك عليهم سائر اموالهم يملك
هذا المال قال وان غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها
وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان استيلاء الكفار محظور حين اخذوا
وحين احرزوه بدارهم لوروده على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا

للملك لانه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع لان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة في حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة في حقهم كالمسلم ولنا ان الحرمات في الاموال تثبت على منافاة الدليل والاصل فيه الحل ولا يكون معصوما لقوله تعالى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا الا ان العصمة فيه لمن اختص فيه بسبب من الاسباب كالشراء وغيره ليمكنه من الانتفاع به قطعا للمنازعة فاذا زالت تمكنه بسبب احرازهم بدارهم عاد الى الاصل ولم يبق معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه ان الله تعالى سمى المهاجرين فقرا بقوله لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ مع وجود ديارهم واموالهم في دار الحرب ولو كان ملكهم باقيا لصاروا اغنيا به وقال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك ان استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قايم فتبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتملك لان الادمي خلق ليملك لا ليملك وانما تثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلاء ويتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر ان المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند اذان الجمعة والطواف مع الشتم والصلاة في الارض المغصوبة والاشتغال بالقراءة والنافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشيا محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الاجل فاطلك بالتمليك العاجل وهو الملك في الدنيا قَالَ رحمه الله وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة اخذه مجانا وبعدها بالقيمة اي ان غلب المسلمون على اهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذي اخذه العدو قبل ان تقسم الغنيمة بين المسلمين اخذه بغير شيء وان وجده بعد القسمة اخذه بالقيمة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان المشركين احرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه السلام ان وجدتها

قبل القسمة فهي لك بغير شيء وان وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة ان شئت فعلى هذا يحمل كل ما روي عنه عليه السلام انه رده الى مالكه او يحمل على انه استخلص منهم قبل ان يحرزوه بدارهم ثم رده لاصحابه ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظرا له غير ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذ بغير شيء قَالَ رحمه الله وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم اي لو اشترى ما اخذه العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام اخذ المالك القديم بثمنه الذي اشترى به التاجر من العدو لانه لو اخذه بغير شيء لتضرر التاجر فياخذه بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا ياخذه بقيمة نفسه ولذا لو وهبه العدو لمسلم ياخذه بقيمته دفعا للضرر عنهما اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شيء ولو كان سلبا فوقع في الغنيمة ياخذ قبل القسمة لما ذكرنا ولا ياخذه بعدها ولذا اذا كان موهوبا ولذا لو اشتراه التاجر شراء فاسدا واخرجه الى دار الاسلام او اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لانه لو اخذه في هذه الموا لاخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم باقل منه قدرا وباردى منه له ان ياخذه منه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه ويعيده الى ما كان فصار فدا لا عوضا قَالَ رحمه الله وان فقئ عينه واخذ ارشه اي للمالك القديم ان ياخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان فقئت عين العبد الماسور في يد التاجر وهو المشتري من العدو وارشها لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراه من غير رضى الشفيع مكروه وملكه ينقض من غير رضاه فاشبه البيع الفاسد وفيه يضمن الاوصاف مطلقا لكون الملك غير صحيح كما يضمن في الغصب فكذا في المشفوع اذا كانت مقصودة بالاتلاف حتى لو هدم المشتري بناه او قلع شجره يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وفي المرابحة انما اعتبرت

الاوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعد ما اتلفها مقصودا اللونها مبنيه على الامانه بخلاف ما
نحن فيه ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل في حقه والفدا لا يقابل بشي من
الاوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص عن المولى شي ولان الاخذ للمالك يثبت على
خلاف القياس فيراعي فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه السلام فيه ان شاء اخذه
بالثمن وان شاء ترك والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا ياخذ المولى القديم الارش لان الارش
في ملك المشتري صحيح لا شبهة فيه فلو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد ولو اخرجه المشتري
من العدو عن ملكه بعوض ياخذه المالك القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان
غير مال كالصلح عن دم او هبة اخذه بقيمته ولا ينقص نصفه بخلاف الشفيع لان
حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لاجله **قال رحمه الله** فان تكرر
الاسر والشرا اخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين معناه ان عبد الرجل
اسره العدو فاشتراه رجل تاجر فادخله دار الاسلام اخذه المشتري الاول بثمنه
ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون خيار الاخذ له ثم اذا اخذه هو ياخذه المالك
القديم بالثمنين ان شاء اي الثمن الذي اشتراه به الاول من الحربي والذي اشتري
به الثاني من الحربي لان المشتري الاول قام عليه بالثمنين احدهما بالشرا الاول ٥
والثاني بالتخليص من المشتري الثاني ولو اراد المالك القديم ان ياخذه من المشتري
الثاني ليس له ذلك لان الاسر الثاني لم يرد على ملكه ولذا لو اشتري الاول من التاجر
الثاني ليس للمالك القديم ان ياخذه لان حق الاخذ يثبت للمالك القديم في ضمن عود
ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشرى الجديد منه **قال**
رحمه الله ولا يملكون حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك يعني
بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا في محله وهولاء منا ليسوا بمحل لان المحل للملك
هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه ولذا غيره لان الحرية قد ثبتت
فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ٥
ارقا ولا جناية من هولاء **قال** وان ند اليهم جمل فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلا
عليه فاذا اخذه احد واخرجه الى دار الاسلام مغنوما او مشترا فللمالك ان ياخذه
على التفاصيل التي بيناها **قال** وان ابق اليهم قن لم اي لا يملكونه وهذا عند ابي

فاشتراه رجل واخرجه فادخله دار الاسلام صح
اسره العدو فباعه فادخلوه دار الحرب

ابي حنيفه رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من الانتفاع به وذلك
بقيام يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا اخذوه من دار الاسلام ملكوه فصار كالجمل الناد اليهم
ولابي حنيفه انه ادمي ذو يد صحيحة حتى اذا اودع وديعه لم يكن للمولى حق القبض ولذا
اذا اشتري نفسه من المولى ليس للمولى ان يحبسه فيكون في يد نفسه وانما لا يظهر على
نفسه في دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد
المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار معصوما بنفسه
فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى عليه باقيه لقيام يد
اهل الدار عليه فمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه الابن بالهبة ولو
وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان العجما ليس لها يد فاذا
خرجت عن يد المولى ملكها من اخذها وان لم يثبت الملك لهم في العبد عند ابي حنيفه
ياخذه المولى القديم بغير شيء مغنوما كان او مشتري او وجده بعد ما اسلم من في
يده او بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان في يده
من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على
المالك جعل الابق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعي انه ملكه سواء كان غازيا او
مشتريا **قال رحمه الله** ولو ابق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم اخذ العبد
مجانا وغيره بالثمن وهذا عند ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا ياخذ العبد ايضا بالثمن
ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه في كل فرد مغنوما
او مشتري فان قيل ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء على قول ابي
حنيفه لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المالك لانقطاع يد المولى
عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم
قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه
دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قال**
رحمه الله وان ابتاع مستامن عبدا مومنا وادخله دارهم او امن عبد ثمه فجا بنا
او ظهرنا عليهم عتق اي اذا اشترى كافر مستامن عبدا مومنا وادخله دارهم
او امن عبد حربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين

اوظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله اما الاول وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما ودخل
به دارهم فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يعتق لان استحقاق الازالة
كان بطريق البيع وقد انتهى ذلك بالدخول في دارهم لعجز الامام عن الالزام فبقي في
يده عبدا على ما كان لان دار الحرب لا تنافي الملك بل الادخال فيها سبب الملك
الا ترى انهم لو اسروا عبدا مؤمنا واحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة
اولى لان البقاء اسهل من الابتداء ولابي حنيفة ان العبد المسلم استحق الازالة
عن ملك الكافر بالبيع جبرا نفيا تحت يده ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار
الاسلام لما ان لمال المستامن حرمة كمال الذمي واذا عاد الى دارهم سقطت
عصمة ماله وعجز القاضي عن اخراجه عن ملكه وعن اعتاقه عليه اذ لا ينفذ قضاؤه
على من في دارهم فاقيم احرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق اقامة للشرط مقام
العلة اذ تباين الدارين شرط لزوال الملك في الجملة الا ترى انه اذا سبي احد
الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من ادخلوه دارهم غير
صحيح لان كلامنا في من وجب ازالته عن ملكه والذي ادخلوه في دارهم لم
يملكوه قبله حتى يجب ازالته وانما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا
الخلاف اذا كان العبد ذميا لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب
ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح وكذا اذا اسلم عبده الحربي في دار الحرب
فاشتراه مسلم او ذمي في دارهم على هذا الخلاف لهما ان العتق في دار الحرب
يعتمد زوال الاختصاص ولم يوجد اذ قهر البائع زال الى قهر المشتري فصار
كانه في يد البائع ولابي حنيفة ان قهر البائع زال حقيقة والحاجة الى ثبوت قهر
المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يقتضي زوال
قهر غيره عليه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ما له اثر في زوال الملك مقام
الازالة هكذا في الكافي واما الثاني وهو ما اذا اسلم عبد لحربي في دار الحرب فخرج
الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين او ظهر عليهم المسلمون فلما روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما انه قال اعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف
من خرج اليه من عبيد المشركين رواه احمد وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال

سالنا

قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرد الينا ابا بكرة وكان مملوكا فاسلم قبلنا
فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه ابو داود وعن علي قال خرج عبدان الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم فقالوا
والله يا محمد ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس
صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما اراكم
تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم
وقال هم عتقاء الله عز وجل رواه ابو داود ولانه احرز نفسه بالخروج الينا
مراغما لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهروا على الدار واعتبار يده اولى
من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة
توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فكانت يده اولى ولو اعتق حربي عبدا
حربيا في دار الحرب وهو في يده ولم يخله اي قال له اخذا بيده انت حر لا يعتق
حتى لو اسلم والعبد عنده فهو ملكه وعن ابي يوسف ومحمد يعتق لصدور
العتق من اهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما في دار الحرب في محله لكونه
مملوكا ولابي حنيفة انه معتق ببنانه وهذا لان الملك كان ثابتا ويثبت باستيلاء
جديد وهو اخذه له بيده في دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف ما اذا كان مسلما
لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء ۞

باب المستامن

قال رحمه الله دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشيء منهم اي اذا دخل دار الحرب بامان
مسلم تاجرا يحرم عليه ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لنهيه عليه السلام
عن الغدر على ما روينا من قبل الا اذا غدر بهم ملكهم باخذ الاموال او الحبس
او غيره بعلمه ولم ينهه عنه لانهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض حينئذ كالاسير
والمتلصص فيجوز له اخذ اموالهم وقتل نفوسهم وليس له ان يستبيح فروجهم
فان الفرج لا يحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار على ما بينا الا اذا وجد
امرأته المأسورة او ام ولده او مدبرته ولم يطأهن اهل الحرب لانهن لا يملكهن
اهل الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن باقيات على ملكه غير ان اهل الحرب
ان وطئهن يكون شبهة في حقهن فتجب عليهن العدة فلا يجوز له ان يطأهن

حتى ينقضي عدتها بخلاف امته المأسورة حيث لا يجوز له ان يطاها وان لم يطاها الحربي
لانهم ملكوها فصارت من جملة اموالهم ولهذا لا يجوز له ان يتعرض لها بشي ان دخل دارهم
بامان ولم ينتقض الامان ويجوز له التعرض لزوجته وام ولده ومدبرته لما ذكرناه
قال رحمه الله فلو اخرج شيا ملكه ملكا محظورا فيتصدق به يعني لو غدرهم واخذ
شيا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلا على مال
مباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على ما بينا من قبل ولا انعقاد السبب كالاصطياد
بقوس مغصوب حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيومر بالتصدق به
قال فان ادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه وخرج اليه لم يقض
بشي اي التاجر الذي دخل دار الحرب بامان اذا ادانه حربي اي باعه بالدين او بالعكس
او غصب احدهما الاخر وخرجا الى دار الاسلام وتحاكما عند حاكم لم يقض لاحدهما
على الاخر لان القضا يستدعي الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذ لا
قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب ولا وقت القضا على المستامن لانه ما التزم
حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزمه فيما يستقبل في حكم مباشرها في دار
الاسلام والغصب في دار الحرب سبب يفيد الملك لانه استيلا على مال مباح معصوم
فصار كالادانة فاذا ملكه فليس للحاكم ان يتعرض له بالحكم وهذا غدر ولا يقضي عليه
لما ذكرنا وقال ابو يوسف يقضي بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم احكام
الاسلام حيث كان الا ترى انهما لو خرجا مسلمين حكم عليهما بالدين فكذا هذا
واجيب عنه بانه اذا امتنع في حق المستامن امتنع في حق المسلم ايضا تحقيقا
للتسوية بينهما قال ولذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استامنا لما ذكرنا قال
وان خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب يعني الحربيين اسلما في دار الحرب
ثم خرجا مسلمين بعدما ادان احدهما صاحبه او غصب منه وانما يقضي بالدين لانها
وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضا لالتزامهما
الاحكام بالاسلام وانما لا يقضي بالغصب لان الغاصب ملكه على ما بينا من ورود الاستيلا
على مال مباح ولا يومر بالرد لان ملك الحربي صحيح لا خبث فيه واطلاق قوله عليه السلام
من اسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المسلم المستامن اذا غصب منهم حيث

يؤمر بالرد

يؤمر بالرد لخبث في ملكه لان ملكه بالجناية ولا يقضي عليه به لما بينا قال رحمه الله
مسلمان مستامنان قتل احدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطا اي مسلمان
دخلا دار الحرب بامان فقتل احدهما الاخر عمدا او خطا تجب الدية في ماله وتجب الكفارة
في الخطا دون العمد لانها لا تجب في العمد عندنا على ما عرف في موضعه اما الكفارة والدية
في الخطا فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله ولان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالامان وانما تجب
في ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على
اعتبار تركها وانما تجب الدية في العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص
قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان يكون ذلك من ماله
وعن ابي يوسف ان القصاص يجب عليه لانه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم
من اهل دار الاسلام حيث كان والقصاص حق الولي يتفرد باستيفايه من غير حاجة
فيه الى الامام فيستوفيه قلنا لا يمكن استيفاوه الا بمنعة لان الواحد لا يقاوم القاتل
ظاهرا ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب
اذ لا فايدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار الحرب دار اباحة للدم
فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة ولان مجرد صورة الاباحة تكفي لسقوط العقوبة
وان لم يثبت حقيقة الا ترى انه يسقط بقوله اقتلني قال رحمه الله ولا شي في
الاسيرين سوى الكفارة في الخطا لقتل مسلم مسلما اسلما ثمة يعني اذا قتل احد الاسيرين
الاخر لا يجب سوى الكفارة في الخطا وكذا اذا قتله مسلم مستامن وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا تجب عليه الدية في العمد والخطا في ماله لان المقتول كان معصوما
متقوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالامر العارض كما لا يبطل بالدخول دارهم
بامان بل اولى لكونه مضطرا والمستامن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه
وهو المنعة وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاسير صار تبعا لهم في دار
الاسلام فان كان تبعا لهم فلا تجب بقتله دية كاصله وهو الحربي فصار كالمسلم
الذي لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله لقتل مسلم مسلما اسلما ثمة اي في دار الحرب فانه
لا تجب بقتله الا الكفارة في الخطا لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار فكذا هذا

لبطلان الاحراز الذي كان في دار الاسلام بالتبعيه لهم في دارهم ولا يرد علينا المستامن لانه لبس بقهور فيمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعا لهم وقال الشافعي المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله عمدا ويجب الدية بقتله خطا لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة اصلها الموثمة لحصول اصل الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى ياثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها لحصول كمال الامتناع لان بعض السفها لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا فيكون وصفا لها فتتعلق بما يتعلق به الاصل ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الاسلام غير المذكور في الاية لهذا المعنى وهذا لان الاية سيقت لبيان الاحكام في القتل وهي انواع فاوجب اولا في المومن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة ثم اوجب بقتل الذي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما اوجبه الله تعالى ولا نسلم ان اصل العصمة بالاسلام بل بكونه ادميا لانه خلق لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له احد واباحة قتله عارض بسبب افساده بالقتال الا ترى ان من لا يقاتل في الكفار كالذي ودراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد والمقومة تحصل بالاحراز بالدار الا ترى ان الذمي مع كفره يتقوم بالاحراز ولا تاثير للاسلام في تحصيل العصمة لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت النفس معصومة بالادمية فالمال يتبعها للتمكن من تحمل اعباء التكاليف وان خلق عرضة في الاصل لانه لا يبتذل الا به فيكون معصوما بعصمتها واما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يوذن بجبر الفائت بالتماثل فيسد مسده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال فكانت النفوس تابعة

للاموال فيها ثم العصمة المقومة في المال لا تكون الا بالاحراز بالدار مع كونه اصلا فيها ففي النفس اولى لانها تبع فيها وليس فيما روي ما يدل على ما قال لانهم عصموا انفسهم بترك القتال ولهذا لم يعصموا به بغير قوله ونظيره اداء الجزية يعصم الكافر به نفسه على اعتبار انه يترك الافساد عند ادائها والله اعلم بالصواب

فصل قال رحمه الله لا يمكن مستامن فينا سنة وقيل له ان اقمت سنة وضعت عليك الجزية اي اذا دخل الحربي دار الاسلام بامان لا يمكن ان يقيم فيها سنة ويقول له الامام ان اقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان الكافر لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين في كونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة يجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه قال فان مكث سنة فهو ذمي لالتزامه الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام ان يقدر له اقل من ذلك اذا راى كالشهر والشهرين فاذا اقامها بعد ذلك صار ذميا وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير ذميا عند اقامته في دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام فانه قال اذا لم يقدر له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لا بد من العذر والحول حسن لذلك كما في تاجيل العنين ثم اذا صار ذميا بمضي المدة المضروبة له استانف عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث سنة اخذها منه فياخذها منه حينئذ كما تمت السنة قال رحمه الله فلم يترك ان يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج او نكحت ذميا لا عكسه يعني لا يترك ان يرجع الى دار الحرب بعد ما مكث في دارنا سنة كما لا يترك ان يرجع اليهم بعدما وضع عليه الخراج او اذا تزوجت الحربية ذميا لا تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربي ذمية لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام في دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا يمنع لانه في عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا وبتوالده في دار الحرب وقطع الجزية وقوله كما لو وضع عليه الخراج دليل على انه لا يصير ذميا بشرا ارض الخراج حتى يوضع عليه

الخراج ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشتراها وحكم الشرع فيها
بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام والمراد من وضع الخراج التزامه
مباشرة الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشرا قد يكون للتجارة
فلا بد لنا على التزامه احكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب عليه احكام اهل الذمة
واول مدته من وقت الوجوب حتى اذا لزمه الخراج تلزمه الجزية لسنة مستقبلة
لصيرورته ذميا بلزومه وقوله او نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس
التزوج لان المراة تابعة للرجل في السكنى حتى كان له ان يسكنها حيث شا ونصير
ملتزمة بالاقامة فتصير راضية بالمقام معه في دارنا فتصير ذمية بمجرد التزوج
وقوله لا عكسه اي لو تزوج حربي ذمية لا يصير ذميا لانعكاس الاحكام التي
ذكرناها قال رحمه الله فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم او ذمي او
دين عليهما حل دمه اي الحربي المستامن رجع الى دار الحرب وترك وديعة عند
مسلم او ذمي او دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه ابطل امانه به
فعاد حربيا وما كان في ايدي المسلمين او الذميين من ماله فهو باق على ما
كان عليه حرام التناول لان حكم امانه في حق ماله لا يبطل قال
رحمه الله فان اسر او ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيا
اما الوديعة فلانها في يده حكما لان يد المودع كيده تقديرا فيصير فيا تبعا
لنفسه فصار كما اذا كانت في يده حقيقة وعن ابي يوسف انها تصير ملكا
للمودع لان يده فيها اسبق فكان بها احق واما الدين فلان اليد عليه لا
تكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت لبطلان مالكيته اذ مملوكيته
بالاسر تنافي مالكية الدين واذا لم يبق مملوكا له صار ملكا لمن عليه لان
يده اسبق اليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيا لان الفي هو الذي يملك
قهرا ولا يتصور ذلك في الدين لانه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة
عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلا على ما بذمته استيلا عليه ولو
كان له رهن فعند ابي يوسف ياخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفي
بثمنه الدين والفاضل لبيت المال قال رحمه الله وان قتل ولم يظهر او

او مات فقرضه ووديعته لورثته لان حكم الامان باق لعدم بطلانه فيرد على
ورثته لانهم قايمون مقامه بخلاف المسلة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله
لان ما في يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فلذا ماله فلانه مات والمال
في يده لما ذكرنا فان قيل ينبغي ان يكون ماله فيا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام
وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيا فلا يكون يد
المودع كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت
ثابتة في المستشهد به لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك
وفي هذه العصمة كانت ثابتة فيها وقت الايداع اذ دار الاسلام دار العصمة ولم
يظهر على دارهم فتبقى على حالها معصومة فلا تزول بالشك قال رحمه الله
وان جانا حربي بامان وله زوجة ثمة اي في دار الحرب وولد اي صغار وكبار ومال
عند مسلم وذمي وحربي فاسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل في اما المراة واولاده وما
في بطنها والعقار فلما بينا في باب الغنايم واما اولاده الصغار فلان الصغير انما
يتبع اباه ويصير مسلما باسلامه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين
الدارين لا يتصور ذلك واموال لم تصر محرزة باحراز نفسه لاختلاف الدارين
فبقي الكل فيا وغنيمة ولو سبي الصبي في هذه المسله وصار في دار الاسلام
فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل اخراجه الى
دار الاسلام حيث لا يكون مسلما لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو في على
حاله لما ذكرنا ولو نه مسلما لابا في الرق لما عرف في موضعه قال
وان اسلم ثمة اي في دار الحرب فجا اي الى دار الاسلام فظهر عليهم اي على اهل
الحرب فولده الصغير حر مسلم وما اودعه عند مسلم او ذمي فهو له وغيره
في وهو اولاده الكبار والمراة والعقار لانه لما اسلم في دار الحرب تبعه اولاده
الصغار لاتحاد الدار واحرز ما في يده او وديعة عند من ذكره لانه في يد
صحيحة محترمة بخلاف ما اذا كان مودعا عند حربي على ما ذكرنا في باب
الغنايم في حربي اسلم في دار الحرب فكل حكم عرف في تلك فهو الحكم في هذه
قال رحمه الله ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او حربيا جانا بامان فاسلم

فديته علي عاقلته للامام لانه قتل نفسا معصومة قيتنا ولهذا النصوص الوارده في قتل الخطا ومعني قوله للامام الاخذ له ليضعه في بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر **قال رحمه الله** وفي العمد القتل او الديه لا العفو اي لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا او الديه بالصلح ينظر فيه الامام فايهما راي اصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض ولذا لو كان المقتول لقيطا للامام ان يقتل القاتل عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول المولود في دار الاسلام لا يخلوا عن الوارث غالبا وهو كالمتحقق او يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولايه للامام فكان قيامه مقام الميت نظرا للميت والمجهول الذي لا يمكن الوصول اليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فصار وجوده كعدمه فتنتقل الولاية الي السلطان او الي العامه كما في الاثر ولا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولي لانا نقول السلطان هنا نايب عن العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسئلة المكاتب والله اعلم بالصواب

باب العشر والخراج والجزية

قال رحمه الله ارض العرب وما اسلم اهله او فتح عنوه وقسم بين الغانمين عشريه اما ارض العرب فلانه عليه السلام والخلفاء من بعده لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها علي الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقول عايشة رضي الله عنها اخر ما عهد الينا رسول الله صلي الله عليه وسلم ان قال لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه احمد وحدها اي حد ارض العرب طولا ما وراء ريف العراق الي اقصي صخر باليمن وعرضها من جده وما والاها من الساحل الي حد الشام واما ما اسلم اهله عليه او فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجه الي ابتداء التوظيف علي المسلم والعشر اليق به لان فيه معني العبادة حتي يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النيه وارفق لانه اخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج **قال رحمه الله**

والسواد

والسواد وما فتح عنوة واقر اهله عليه او فتح صلحا خراجية لان عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ووضع علي اهل مصر حين فتحها عمرو بن العاص واجمعت الصحابه رضي الله عنهم علي وضع الخراج علي الشام ولان الحاجه الي ابتداء التوظيف علي الكافر والخراج اليق به لما فيه من معني العقوبة والتغليظ حتي يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقه الخراج وهو اكثر من العشر ايضا وفي الجامع الصغير كل ارض افتتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر والخراج متعلقان بالارض النامية ونماها بمايها فيعتبر السقي بما العشر او بماء الخراج والمراد بالانهار الانهار التي احتفرتها الاعاجم كنهر يزدجرد لتكون المسله اجماعيه لان الانهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف بين ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكوه ولذا مراده في هذا التفصيل في حق المسلم اما الكافر فيجب عليه الخراج من اي ماء سقا لان الكافر لا يبدا بالعشر فلا ياتي فيه التفصيل في حالة الابتدا اجماعا واما الخلاف فيه في حالة البقا فيما اذا ملك ارضا عشرية هل يجب عليه الخراج او العشر او العشران وقد ذكرناها في الزكوة ولا يقال اذا وضع الخراج علي المسلم باعتبار الماء يكون ابتدا المسلم بالخراج وذلك غير جايز لانا نقول ليس هذا بابتداء وضع علي المسلم بل لا ارض لما لم تنم الا بالماء اعتبر الماء الماخوذ من العدو وجعلناه وظيفة الخراج والمسلم اذا سقي ارضه به فقد التزم الخراج في حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالاسلام الا تري انه اذا اشتري الخراجيه يودي خراجها لما قلنا واما لم يوظف النبي صلي الله عليه وسلم علي ارض مكه مع انه فتحها عنوة واقر اهلها عليها لان العرب لا يوضع علي اراضيهم الخراج كما لا يوضع علي رقابهم الجزيه والرق علي ما عرف في موضعه ثم ارض السواد مملوكه لاهلها عندنا وقال الشافعي ليست بمملوكه لهم وانما هي وقف علي المسلمين واهلها مستاجرون لها لان عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين فاجرها وقال ابو بكر الرازي هذا غلط لوجوه احدها ان عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابه علي وضع الخراج وامتنع بلال واصحابه فدعا عليهم

وابن للاستقصاء ثانيها ان اهل الذمة لم يحضروا والغانمين على تلك الاراضي فلو كان اجارة
لاشترط حضورهم ثالثها انه لم يوجد في ذلك رضا اهل الذمه ولو كانت اجارة
لاشترط رضاهم ورابعها ان عقد الاجارة لم يقصد بينهم وبين عمر ولو كانت اجارة
لوجب العقد وخامسها جهالة الاراضي تمنع صحة الاجارة وسادسها جهالة
المدة تمنع من صحتها ايضا وسابعها ان الخراج مؤبد وتابيد الاجارة باطل
وثامنها ان الاجارة لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنده وتاسعها ان عمر
اخذ الخراج من النخل ونحوه ولا يجوز اجارتها وعاشرها ان جماعة من الصحابة
اشتروها فكيف يبيعون الارض المستاجرة **قال رحمه الله** ولو احيا ارضا
مواتا تعتبر قربه اي قرب ما احيا فان كانت الى الخراج اقرب فهي خراجية وان
كانت الى العشر اقرب فهي عشرية وهذا عند ابي يوسف لان حيز الشيء يعطى له حكمه
كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به ولذا لا يجوز احيا
ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله ان احياها بماء الخراج كالانهار التي احتفرتها
الاعاجم فهي خراجية والا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم واما
الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا **قال رحمه الله** والبصرة عشرية لاجماع
الصحابة على ذلك والقياس ان تكون خراجية لانها افتتحت عنوة واقر اهلها عليها
من جملة اراضي العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم وهذا اورد اشكالا على قول
ابي يوسف حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لانه انما يعتبر الحيز في
الاراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو
ان يكون الواجب جزءا شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة
وهو ان يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه
وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق على ما يجيء بيانه **قال رحمه الله**
وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم
وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم لانه المنقول عن عمر رضي الله عنه
فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت
ستة وثلاثين الف الف جريب ووضعا على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة

الجزمح

من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى اشدها
الاقل وعلى الوسط الوسط والجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى
وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم
يعتبر على ما هو المتعارف عندهم والصاع اربعة امنا والمنا مائتان وستون
درهما ويعطي الدرهم من اجود النقود وذكر في النهاية معزوا الى فتاوى قاضي
خان ان القفيز من الحنطة او الشعير بلفظ التخيير وقال في الكافي هو يكون من
الحنطة وقال الزاهدي في باب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع اخر ويكون
هذا القفيز مما يزرع في تلك الارض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضي
الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا
بما وضعه عمر الا ترى انه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق
فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ
الواجب نصف الخراج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا
ان نقسم الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لان للاكثر حكم الكل **قال رحمه الله**
وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة يعني لا يجوز وان اطاقت لان قول
عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وقولهما لا بل حملناها ما تطيق
ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز
الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر رضي الله عنه ان ينقصه عند عدم
الطاقة لما وضع فلولا انه يجوز لما قصد ذلك واخبراه بانها تطيق اكثر من ذلك
ولم يرد فلو كان جائزا لزاد ثم الحاصل في هذا انه لا يجوز الزيادة على ما وظفه
عمر رضي الله عنه في سواد العراق لانه خلاف اجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
وما وظفه امام اخر في ارض فتحها هو كتوظيف عمر في العراق لانه باجتهاد فلا
ينقض باجتهاد مثله ولو اراد ان يوظف ابتداء على ارض بقدر طاقتها زيادة
على ما وظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند
ابي يوسف لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة لان خراج التوظيف مقدر شرعا
واتباع الصحابة رضي الله عنهم فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير

والتقدير بمنع الزيادة لان النقصان يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة ليلا يخلوا التقدير
عن الفايدة **قال رحمه الله** ولا خراج ان غلب على ارضه الماء او انقطع او
اصاب الزرع افة اما في الفصلين الاولين فلفوات النما التقديري المعتبر في الخراج
وهو التمكن من الزراعة في كل الحول ولونه ناميا في جميع الحول شرط واما الثالث
فلانه اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قايما مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالاصل
واذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فسلم بسلامة الخارج
وبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لانه لم
يتمكن من الزراعة والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم
يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا واما اذا بقي من المدة قدر
ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام ايضا ان يذهب كل الخراج اما اذا ذهب
بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب
الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه لان
التنصيف عين الانصاف على ما مر **قال رحمه الله تعالى** وان عطلها
صاحبها او اسلم او اشترى مسلم ارض خراج يجب اي يجب الخراج في هذه الصور
اما اذا اعطلها صاحبها فلان التمكن كان ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا
يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من
الزراعة ولم يزرعها واما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته واسبابه
فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك
الباقي له وان شاء اجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة
من بيت المال فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن
من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج وقال في النهاية
هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن ابي يوسف
انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى
اخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي
ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال

الناس

الناس بالدعاوي الباطلة بان يقول كانت هذه الارض قبل هذا لي وكنت لشي
هو احسن مما فيها فيسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم واما اذا اسلم صاحب الارض
الخراجيه فلان الخراج فيه معنى المونه ومعنى العقوبة فيعتبر مونه في حالة
البقا فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء فلا يبتدا المسلم به ولان الخراج
من اثر الكفر فجاز بقاوه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لان الراس لا مونه فيه
فيسقط والارض لا تخلوا عن مونه فلو سقط الخراج لاحتجنا الى ايجاب شي اخر
من المون ولان في الجزيه صغارا ايضا فلا يبقى بعد الاسلام بخلاف الخراج
وقد روي ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الارض الخراج وادوا
خراجها فدل على بقايه على المسلم وجواز شرايه واداه من غير كراهيه واما
اذا اشترى المسلم ارض الخراج فلما بينا ثم ان بقي من السنه مقدار ما يتمكن المشتري
من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البايع **قال رحمه الله** ولا عشر في خارج
الارض الخراج وقال الشافعي يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفين
ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج مونه فيها معنى العقوبه والعشر مونة
فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج
بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخارج في مصالح المسلمين والعشر
للفقرا فوجوب احدهما لا ينافي الاخر ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج
في ارض مسلم ولان احدا من ايمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا
ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا واقر اهلها عليها
والعشر في ارض اسلم اهلها عليها طوعا او قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان
في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهي الارض النامية الا انه يعتبر في العشر
تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض والاضافه تدل على
الاختصاص وهو بالسببيه وكل واحد منهما مونه ارض نامية ولا يجتمع
وظيفتان بسبب ارض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكوه مع العشر او الخراج
حتى لو اشترى ارضا عشريا وخراجية للتجارة ففيها العشر او الخراج دون
زكوة التجارة عندنا وعنده تجب الزكوه مع احدهما ومحمد معه فيه لاختلاف

محلهما لان العشر محله الخارج وكذا الخراج لكن في أحدهما حقيقة وفي الآخر تقديرا
والزكوة محلها مال التجارة وهي الارض فلا تنافي بينهما كدين ثمن الارض مع الزكوة بخلاف
العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا قلنا ان العشر والخراج مؤنة الارض
النامية ولهذا يضافان اليها ولهذا الزكوة وظيفة المال النامي ولهذا العشر والخراج
واحد وهو الارض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب
ملك واحد حقان لله تعالى كما لا يجب حق السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد
فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع احدهما لان الدين يجب للعبد
والعشر والخراج لله تعالى فلا تنافي فيان يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال
واحد ثم اذا ثبت انهما لا يجتمعان كان العشر والخراج اولى من الزكوة بالوجوب
لانهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبي والجنون والرق وهما
أسبق وجوبا من الزكوة فيترك على حالهما ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في
سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق كونه
عشرا الا بوجوبه في كل الخارج والله اعلم **فصل** قال الجزية لو
وضعت بتراض لا يعدل عنها لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل
نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلاثين
درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من اصناف يغزون
بها والمسلمين ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه ابو داود
وكانوا نصارى وهم اول من اعطى الجزية من اهل الكتاب وعن عمر بن عبد
العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان على كل انسان ه
دينارا كل سنة او قيمته من المعافر رواه الشافعي في مسنده **قال رحمه الله**
والا يوضع على الفقير في كل سنة اثني عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى
المكثر ضعفه يعني اذا لم يوضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بان غلب
الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه
الحالة اثني عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط اربعة وعشرون

درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية
واربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر اربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان
وعلي والصحابة رضي الله عنهم متوافرون ولم ينكر عليهم احد منهم فصار اجماعا
وقال الشافعي يضع الامام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا ذلك كان بالصلح
ولفظه يدل عليه فانه قال ان على كل انسان منهم دينارا ولم يجب على الكل الا بالتراضي
والصلح واما الجزية التي يضعها الامام ابتداء فليس له ان يضع الا على الرجال
والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه السلام انه قال لمعاذ خذ من كل حالم
وحالمة دينارا وهذا تصريح بانها كانت بالصلح لان الحالمة لا يؤخذ منها الا به ولانها
وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لان
نصر الدين واجب بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف المال فيجب على
التفاوت او نقول انها بدل عن النصرة بهما او النصرة بهما تتفاوت بقوة ه
النفس ولكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلا والمتوسط راكبا والغني يركب ويركب
غلامه فلذا بدله ثم ذكر في المبسوط ان الغني في الغنى هو صاحب المال الكثير
الذي لا يحتاج الى العمل ولا يمكن ان يقدر شيء في المال بتقدير فان ذلك
يختلف باختلاف البلدان والاعصار ففي العراق من يملك خمسين الفا لا يعد
وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا
الى راي الامام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب والفقير
المعتمل هو الذي يكسب اكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح
لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر ان يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج
راسه لما ذكرنا انه يجب على الصحيح المعتمل ولذا لو مرض اكثرها اقامة الاكثر
مقام الكل ولذا لو مرض نصف السنة ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة
ذكره في الاختيار **قال رحمه الله** وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني
عجمي لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ووضع عليه السلام
الجزية على المجوس وروي عن عمر رضي الله عنه انه لم يأخذ الجزية من
المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذها ه

من مجوس هجر رواه احمد والبخاري وجماعة اخر وروي ان عمر ذكر المجوس فقال
ما ادري كيف اصنع في امرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف اشهد اني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب رواه الشافعي وهو دليل على
انهم ليسوا من اهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل كسرى امرنا نبينا
صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده او تودوا الجزية رواه احمد (تعالى صح)
والبخاري وكانوا عبدة الاوثان وفيه خلاف الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا
ولانه يجوز استرقاقهم فكذا وضع الجزية عليهم لانه استرقاق معنى اذ به يكتفه
الصغار والذل ويودي كسبه للمسلمين ونفقته في كسبه واي رق يكون اعظم
من ذلك قال رحمه الله لا عربي ومرتد اي لا توضع الجزية على عبدة الاوثان
من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما اما مشركوا العرب فلانه عليه السلام
نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم اظهر لانهم كانوا اعرف
بمعانيه وبوجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون واما
المرتد فانه كفر بربه بعد ما راى محاسن الاسلام وبعد ما هدي اليه فلا يقبل
من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهر عليهم
فنساوهم وذراريهم فيء لانه عليه السلام كان يسترق ذراري مشركي العرب
وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من
رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد اغلظ من مشركي العرب
ولهذا اجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا يجبر نساء عبدة الاوثان
من العرب وذراريهم على الاسلام قال رحمه الله وصبي وامراة وعبد
ومكاتب وزمن واعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط اي لا يوضع على
هولاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال
ولو ادرك الصبي او افاق المجنون او عتق العبد او برا المريض قبل وضع الجزية (الامام صح)
وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم لان اهليتهم وقت الوضع اذ
الامام يخرج في تعرف حالهم فيضع على من هو اهل في ذلك الوقت والا فلا
بخلاف الفقير اذا ايسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه اهل للجزية وانما

سقطت

سقطت عنه لعجزه وقد زال ذكره في الاختيار قال رحمه الله وتسقط
بالاسلام والموت اي الجزية وقال الشافعي لا تسقط بهما بعد مضي السنة لانها
استقرت في ذمته بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا
يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام (سلام)
ولا بالموت ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر او بدلا عن النصرة ولا تبقى
العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا يقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام
على النصرة ببدنه فلا تجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام فلا تجب الخلف
اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه ادميا على ما بينا وهو
يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا الرق حتى يبقى بعد
الاسلام لانه في حالة البقاء ليس بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى
يشترى الولد تبعا بخلاف الجزية قال رحمه الله والتكرار اي تسقط
بالتكرار ومعناه اذا لم يوجد منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا تسقط ويوخذ منه جزية
سنتين وهو قول الشافعي لانها عوض والاعواض لا تسقط بمضي الزمان
فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا اسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر
استيفاوها من الوجه الذي شرعت هي فيه وهو الصغار لان المسلم يوقر
ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوخذ بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر
ولابي حنيفة انها عقوبة وجبت على الكفر توخذ منه على وجه الاذلال
ولهذا لو بعثها على يد غلامه او نائبه لا يمكن من ذلك في اصح الروايات بل يكلف
ان يحضرها بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ
بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له اعط الجزية يا ذمي والعقوبات الواجبة
لله اذا تراكمت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود الا ترى ان
كفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة
فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة اولى ولانها وجبت بدلا عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط لان القتل يكون

في خراب قايم في الحال وكذا النصره تكون في المستقبل دون الماضي لانه مستغني عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثره ولهذا الوموات عند تمام السنه او قبل التمام لا يوخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه انفاقا لانه تجب مونة الارض قايما مقام العشر ولهذا لا يجتمعان فالعشر يتكرر فكذا هذا وفي الجامع الصغير ومن لم يوخذ منه خراج راسه حتى مضت السنه وجاءت سنه اخرى لم يوخذ منه عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يوخذ منه فحمله بعض المشايخ على المعنى مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع وبتداخل والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وانه يجزي حقيقة فيتحقق الاجتماع بمجرد المجي فظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك لان الله تعالى جعل الاعطا غاية ينتهي اليه القتل ويجب ترك القتل في اول السنه ولا ينتظر فيه الى حولان الحول فكذا الاعطا وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فيجب في الحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولان المعوض سلم لهم في الحال فوجب عليهم العوض بذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الارضين لانه في مقابلة الانتفاع بالارض فما لم يتسلم لهم المنفعه لا يجب عليه الاجرة ولا يلزمنا الزكوه لانها انما وجبت في اخر الحول ليتحقق النما اذ هي لا تجب الا في المال النامي قال رحمه الله ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا لقوله عليه السلام لا خصا في الاسلام ولا كنيسة اي لا تخصي خصاء يقال خصاه يخصيه خصاء على فعال بمعنى الاخصا وقيل هو المراد بقوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به التبتل والعزله والامتناع عن النساء كما يفعله رهبان النصارى فكانه خصا معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة احداثها اي لا تحدث في دار الاسلام كنيسة في موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة قال رحمه الله ويعاد المنهدم اي يعاد المنهدم من الكنايس والبيع القديمة لانه تجري التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك الكنايس في امصار المسلمين ولا تقام البنا دايما فكان دليلا على جواز الاعادة ولان الامام لما اقرهم عهد اليهم الاعادة لان الابنيه لا تبقى دايما ولا يكونون من نقلها الى موضع اخر لانه احداث في ذلك

الموضع في الحقيقة والصومعه بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعاير الاسلام فلا يعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع والحدود وان كان فيها عدد كثير لان شعاير الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه شعايرهم لان في القرى بعض الشعاير فلا يعارض باظهار ما يخالفها من شعاير الكفر والمروي عن ابي حنيفه كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال في مرضه الذي مات فيه اخرجوا المشركين من جزيرة حتى لا ادع فيها الا مسلما رواه احمد ومسلم والترمذي وصححه وعن عايشة رضي الله عنها انها قالت اخر ما عهد الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال لا يترك بجزيرة العرب دينان وعن ابي عبيده بن الجراح انه قال اخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخرجوا يهود اهل الحجاز واهل نجران من جزيرة العرب رواهما احمد واجلا عمر اليهود والنصارى من ارض الحجاز فيما رواه البخاري قال رحمه الله ويميز الذمي عنا في الزي والمركب والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين يقينا لان من هو ضعيف اليقين اذا راهم يتقلبون في النعم والمسلمين في محنة وشدة يخاف ان يميل الى دينهم واليه وقعت الاشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الايه وحكايه قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام معروفه ظاهره ولان المسلم يوقر والذمي يحقر ويضيق عليه الطرق ولا يبدا بالسلام فلو لم يكن له علامه يميز بها لما وقع التفرقه بينهما فيعامل معاملة المسلمين واول من

[margin:] العرب رواه احمد وعنه وسلم وعن عمر رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب

اخذ اهل الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه لكثرة الناس في ايامه فراي انه لم تقع
التفرقة بين المسلم والكافر الا بالعلامة وقال عليه السلام اين ما دار عمر فالحق معه
ولم يامر عليه السلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لانهم
كانوا معروفين وحالتهم لا تشتبه على احد فلا يحتاجون الى العلامة ولا يركبون الخيل
لانهم ليسوا من اهل الجهاد ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا اردية مثل
اردتهم ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وان تلبوا القلنسوة
من شعر او ثقل مربعين نزلوا في مجامع المسلمين ولا يمكنوا من لبس زنانير الابريسم
ولا يبيعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويومر بتمييز نسائهم عن نساء المسلمين
في الطرق والحمام وتجعل على دورهم علامة كيلا يقف عليها السائل فيدعوا له
بالمغفرة **قال رحمه الله** ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة
وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي ينتقض امانه بالسب
لانه ينقض الايمان فكذا الامان بل اولى لانه دونه وهو خلف عنه ولنا ان
يهوديا قال للنبي صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال اصحابه عليه السلام
نقتله قال لا رواه البخاري واحمد فلم ينقض عليه السلام عهده ولم يقتله
فتكون حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم ولان
السب كفر منه والكفر المقارن لا يمنع العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لان ما ينتهي
به القتال التزام الجزية وقبولها لا اداؤها وهو باق فلا ينتقض **قال رحمه الله**
بل باللحاق ثمة او بالغلبة للحرار اي بل ينتقض العهد بالغلبة اللحاق بدار الحرب
او بالغلبة على موضع الحراب لانهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد
بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال **قال
رحمه الله** وصاروا كالمرتدين اي صاروا بالتحاقهم بدار الحرب او بالغلبة صاروا
كالمرتدين في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين الدارين
غير انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق
ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد اغلظ فاوجب الزيادة في العقوبة ولان المقصود
من كل واحد منها ان يرجع الى ما كان عليه باسترقاق الذي يحصل المقصود

مرض

بجامع

منه وهو دفع

منه وهو دفع فساده وحرابه بذلك بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام فلا
يحصل باسترقاقه فصار كمشركي العرب والمال الذي لحق به دار الحرب يكون
فيا وليس لورثته ان ياخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعد
ما لحق بدار الحرب واخذ شيا من ماله ولحق به دار الحرب حيث يكون لورثته
ان ياخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم ان ياخذ ما له مجانا
او بعوض على ما بينا وقوله بل باللحاق ثمة الى اخره يفيد اختصاص ما ينتقض
العهد به حتى لو قالت نقضت بالقول لا ينتقض ذكره في المحيط **قال رحمه الله**
ويوخذ من تغلبي وتغلبية بالغين المعجمة ضعف زكوتنا وقال زفر والشافعي لا
يوخذ من نسائهم لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية
فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية
على الصبيان ولنا ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكوة بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير والزكوة تجب على النسوان دون الصبيان فكذا ضعفها
والنسا اهل لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت
المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه ان يكون جزية وكيف يكون
جزية وشرايطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النايب والا لاعطا قايما
والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهزة لا يراعى فيه **قال رحمه الله** ومولاه
كمولى القرشي اي في حق عدم التبعية للمولى فانهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج
حتى يوضعان عليهما وان كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه
الله يضاعف على مولى التغلبي لانه ملحق بمولاه لقوله عليه السلام فان مولى القوم
منهم ولهذا حرمت الزكوة على مولى الهاشمي ولنا انه لو التحق بالمولى هنا كان
تخفيفا اذ التضعيف اخف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا
يلحق بالاصل في التخفيف الا ترى ان الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا
ولو لحقه فيه لما وضع عليه بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات
فالحق مولى الهاشمي في حقها بالهاشمي ولان الاصل ان لا يلحق المولى باصله على
ما بينا من مولى المسلم وغيره ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي

ان ابا رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم قال للنبي صلى الله عليه وسلم لم تحل لي الصدقة
قال عليه السلام لا انت مولاي ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس يلحق
به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه كان لاظهار فضيلة قرابته عليه السلام
وفضيلة من ينتمي اليهم الا ترى ان مولى الغني لا يلحق باصله في حرمة الصدقة اذ لا
يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة او لان الغني اهل لان ياخذ الصدقة وانما
منعه منه غناه ولم يوجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الاخذ قال رحمه الله والجزية
والخراج وما التغلبي وهدية اهل الحرب وما اخذنا منهم بلا قتال تصرف في مصالحنا
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة ودراريهم لانه
ماخوذ بقوة المسلمين فيصرف الى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا
انفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى
الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الدراري على الآباء فيعطون كفايتهم كيلا
يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولا خمس في ذلك
لانه عليه السلام لم يخمس الجزية ولانه مال اخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة
لانها ماخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الاخر ومن جملة
هذا النوع ما ياخذه العاشر من اهل الحرب واهل الذمة اذا مروا عليه ومال
اهل نجران وما صولح عليه اهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم
كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم ان ما يجيء الى بيت المال انواع اربعة
احدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكوة والعشر ومصرفها ما ذكره الله
تعالى في قوله انما الصدقات للفقراء الاية وهم سبعة اصناف وقد ذكرناهم في
باب الزكوة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكره الله تعالى بقوله
فان لله خمسه الاية وقد ذكرناهم في اوائل باب السير والرابع اللقطات والتركات
التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا
اولياء لهم يعطون منه نفقتهم وادويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم وعلى الامام
ان يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع
حكما يختص به فان لم يكن في بعضها شيء فللامام ان يستقرض عليه من النوع الاخر

ويصرفه الى اهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه الا ان
يكون المصروف من الصدقات او من خمس الغنيمة على اهل الخراج وهم فقراء فانه
لا يرد فيهم شيئا لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره اذا صرفه الى المستحق
ويجب على الامام ان يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة
فان قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا قال ومن مات في نصف السنة حرم
عن العطاء يعني من مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم
لا يستحق من العطاء شيئا والعطاء اسم لما يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض
كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء ينبئ عن اصله وانما
قال من مات في نصف السنة لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرفه الى قريبه لانه
قد ادى عناه فيصرف اليه ليكون اقرب الى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل
تمام السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس محمد في نفقة الزوجة
يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالانفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه
بالهبة والله اعلم

باب المرتدين

قال رحمه الله يعرض
الاسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل لقوله عليه
السلام من بدل دينه فاقتلوه رواه احمد والبخاري وغيرهما وعرض الاسلام عليه
مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوه وليس بواجب لان الدعوة
قد بلغته غير انه اعتراه شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود الى الاسلام لان عوده مرجو
وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل ولم يذكر فيه الامهال
وفيه روايتان وقال الشافعي رحمه الله الامهال واجب لا يحل للامام ان يقتله
قبل ان يمضي عليه ثلاثة ايام لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد
من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناه بالثلاث لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار
ولنا ما روينا وقوله تعالى اقتلوا المشركين مطلقا ولانه كافر حربي بلغته
الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل فان
ارتد وتاب ثم ارتد يقبل توبته وهكذا ابدا لانا نحكم بالظاهر وكان عليه السلام
يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال عليه السلام لمن قتل شخصا بعد ما اسلم

هلا شققت قلبه لذا وعن ابي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير
عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين قال رحمه الله واسلامه ان
يتبرا عن الاديان او عما انتقل اليه اي ليتبين توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى
دين الاسلام ولو تبرا عما انتقل اليه صح لحصول المقصود والاولى هو الاول
لان المرتد لا دين له قال وكره قتله قبله اي كره قتله قبل عرض الاسلام عليه
لان في قتله تفويت العرض المستحب وقال صاحب الهداية معنى الكراهية هنا
ترك المستحب قال رحمه الله ولم يضمن قاتله لان الكفر بوصف الحراب مبيح
والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن كذلك ولقوله عليه السلام من بدل
دينه فاقتلوه قال رحمه الله ولا يقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم وقال
الشافعي تقتل لما روينا ولان قتل الرجل لتغلظ جنايته وقد شاركته فيها
فتشاركه في جزائها كالقصاص والرجم قلنا المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما
روي عنه عليه السلام انه نهى عن قتل الكافرات بخلاف ما ذكر من القصاص
وغيره لان الحكم فيه معلق بالجناية دون الحرب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا
لانها دار الابتلاء على ما عرف والمراد بالحديث المحارب لنا والا لوجب
قتل الشخص اذا اسلم لانه ايضا بدل دينه وهو الكفر بالاسلام والذي يدلك
عليه ان هذا الحديث يرويه ابن عباس ومذهبه ان المرتدة لا تقتل ومن
العجب ان الشافعي اوجب القتل على اليهودي اذا تنصر وبالعكس محتجا بهذا
الحديث ولا معنى له لان الكفر كله ملة واحدة وانتقاله من كفر الى كفر لم يزده
خبثا ولان فيه امرا بان يرجع الى ما كان عليه من الكفر والامر بالكفر كفر فلا
يجوز واذا لم يقتل المرتدة تحبس الى ان تسلم لانها ارتكبت جريمة عظيمة
فتحبس حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلاثة ايام مبالغة في الحمل على
الاسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة والامة يجبرها مولاها
لما فيه من الجمع بين الحقين بان يجعل منزل المولى سجنا لها او تفويض التاديب
اليه مع توفر حقه في الاستخدام وقال في الاصل تدفع اليه اذا احتاج اليها ه
والصحيح انها تدفع اليه احتاج او لم يحتج طلب او لم يطلب لان الحبس يحصل بها

وذلك الى المولى

وذلك الى المولى قال رحمه الله ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا
موقوفا فان اسلم عاد ملكه وان مات او قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه
المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لان تاثير الردة تظهر في اباحة دمه لا في
زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولانه مكلف فيكون كاملا للاهلية وذلك
ببقاء ملكه ولانه لا يمكنه القيام بالتكليف الا ببقاء ملكه ضرورة التمكين وله ان الملك
عبارة عن القدرة والاستيلاء وانما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت
عصمة نفسه بالردة لانه يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لانه تبع لها
ولانه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير انه يدعى الى الاسلام بالاجبار عليه
ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في امره فان
اسلم جعل كان لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فان مات او قتل في ردته استقر
كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه واستحق ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته
المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته
المسلمين ان فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم لا يرث
الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث احدا فوجب ان لا يرثه احد كالرقيق
وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافهما سبب الحرمان وهذا لا يرثه
موافقه فمخالفه اولى فاذا انتفت الوراثة وهو مال حربي لا امان له فيكون
فيئا للمسلمين ولنا انه كان مسلما مالكا لماله فاذا مات هلاكه يخلفه وارثه في ماله
كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا ان تمامه بالموت والقتل فاذا
تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه
المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب
كالبيع بشرط الخيار اذا اخرجت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع
بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق
لما ذكرنا فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث
المسلم من المسلم ويمكن اسناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب

الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب موجود وله ان اسناد التوريث الى اول
الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن اسناد التوريث في كسب الردة
لعدمه عندها ومن شرط الاسناد ان يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم
التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم
اختلفت الروايات عن ابي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه انه يرثه
من كان وارثا له وقت ردته ويبقى لذلك الى وقت موته او قتله او القضا بلحاقه
حتى لو مات وارثه قبله او حدث له وارث اخر بعد ارتداده بعتق او اسلام
او علوق او حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط
بقاؤه الى وقت تمام السبب لانها وان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف
حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى ابو يوسف عنه انه يعتبر
وجوده وقت الردة ولا يبطل بموته او بشيء اخر قبل موت المرتد لان ردته في
حكم الموت فلا تعتبر الا عندها وروى محمد عنه انه يعتبر كونه وارثا عند موت
المرتد او قتله او القضا بلحاقه وهي الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب
قبل تمامه كالموجود المكتسب في تلك الحالة ليكون الغنم بالغرم هذه رواية
عن ابي حنيفة وعنه انه يبدا بكسب الاسلام في قضاء الديون فان لم يف
ذلك يقضى من كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن
شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس
مملوك له لبطلان اهليته الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا بعد وقضاؤه
من محل اخر فحينئذ يقضى به كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة
المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه لذا هذا وعنه انه يبدا بكسب الردة
فان لم يف بذلك يقضى من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب
الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به
فحينئذ يقضى دينه منهما لان الكل ملكه حتى يجري الارث فيهما ويعتبر كونه
وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضا لتقرره بقطع
الاحتمال وقال ابو يوسف يعتبر وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتد

اذا لحقت بدار

والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الذي ذكرنا وبطلت عنها العدة لانها صارت
كالموتى ولا عدة على الاموات ولزوجها ان يتزوج اختها واربعا سواها من ساعته لانعدام
العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة او سبيت لم ينتقض نكاح الاخت والاربع
لان نكاحها لا يعود ولها ان تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في
دار الحرب لاقل من ستة اشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر
لا يثبت ويسترق الولد تبعا لها ولا يجبر على الاسلام لما قلنا قال رحمه الله
ويتوقف مبايعته وعتقه وهبته فان امن نفذ وان هلك بطل وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية
وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقد ونفاذ التصرف يعتمد ذلك الملك وهو ثابت
ولو زال الملك لزال الى ورثته ولم ينتقل به احد ولهذا لا ينفذ تصرفاتهم في ماله
الا ترى انه لو ولدت له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امراة مسلمة
او امة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحوقه لا يرثه فدل على قيام
ملكه فيصح تصرفه وينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند ابي يوسف يصح مثل ما يصح من
الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة
ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض
لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركها لا سيما
اذا كان معترضا عما نشا فيه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل
ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور في ايدينا حتى يقتل ولو نحربيا فهو سبب
لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف
حربي دخل دارنا بغير امان لانه صار فيئا بدخوله دارنا بغير امان ولهذا لا
يملكه من اخذه بل يرده الى بيت المال لانه لما دخل دارنا وقع في ايدي المسلمين
لان لهم يدا في الدار فيرده الى مالهم بخلاف المقضي عليه بالقود والرجم لان القتل
لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب
فيه القصاص وانما هو جزاء على الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة
لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم اهل الحرب حتى تلحق بدار الحرب فتصير

حربية حينئذٍ ثم اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من قصور العبد مع تصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير وماله ولده لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال رحمه الله وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه اخذه والا لا اي لم يجده وليس له ان يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وانما يأخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان الحكم كذلك ثم انما يعود الى ملكه بقضاء او برضاء من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له ان يضمنه بعد ما اخرجه عن ملكه او اتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية ولا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فكانه لم يزل مسلما ومدبروه وامهات اولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكانه لم يأبق قال رحمه الله ولو ولدت امة له نصرانية لستة اشهر مذ ارتد فادعاه فهي ام ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما بينا واما امتناع الارث مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث احدا وهذا فائدة تقييده بستة اشهر وبكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة اشهر او كانت الامة مسلمة اما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف

ما اذا جاءت

ما اذا جاءت به لستة اشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له ولا يمكن ان يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد ابواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام واما الثاني وهو ما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا في قول ابي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد بعين لكونه وارثا فيهما وقت الموت او القتل او القضاء باللحاق واما على الروايتين الاخريين فلا يتصور ان يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال رحمه الله وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء يعني ليس لورثته عليه سبيل لانه ملك فيه عن ثابت حيث الحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق ولذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيئا اذا وقع في غنيمة لا سبيل لورثته فيه ولذا ان اخرجه تاجر لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا يكون فيئا لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبله قال رحمه الله فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه يعني لوارثه اخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فللمالك القديم ان يأخذ ماله قبل الغنيمة بغير شيء وبعده ومن التاجر بالعوض على ما بينا ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه واما اذا رجع قبل الحكم به واخذ ماله ولحق به ثانيا فلا سبيل للورثة على ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا عن قريب وقال في النهاية في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وهذا مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضاء فكيف يثبت هنا وقال في الكافي القضاء ترجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فيتقرر موته ولما خرج الينا مغيرا ورجع بالمال ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله للورثة من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان حق الورثة لا يثبت

الا بالقضاء **قال رحمه الله** وان لحق وقضي بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما
فالكتابه والولا لمورثه وهو المرتد الذي اسلم لان ملك الوارث خلف عن ملك
المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير ان
الكتابه لا يمكن نسخها لصدورها عن ولايه شرعيه فجعلناه نايبا عنه وحقوق
العقد فيه ترجع الي الموكل والولا لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا
كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابه الاولي تبقي الثانيه علي حالها ويكون بدل
الكتابه وولاه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد ادا الكتابه لان الملك الذي كان
له غير قايم بعده وبخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولا يقال المكاتب لا يقبل الانتقال
فكيف انتقل الي المرتد الذي اسلم لانا نقول هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط
ولايه الخلف عنه وولايه الاصل **قال رحمه الله** فان قتل رجل مرتد خطا
ولحق اي بدار الحرب وقتل فالديه في كسب الاسلام خاصه وهذا عند ابي
حنيفه رحمه الله وقالا الديه فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا لان
العواقل لا تعقل المرتد لعدم النصرة فيكون في ماله خاصة فماله عندهما
المكتسب في حالة الاسلام والردة جميعا لنفود تصرفاته في الحالتين ولهذا
يجري الارث في الكل عندهما وعنده ماله المكتسب في حالة الاسلام خاصة
لنفود تصرفه في تلك الحالة دون المكتسب في حالة الردة لتوقف تصرفه فيها
ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فياء وينبغي ان يكون هذا علي الروايات
المنقوله عن ابي حنيفه رحمه الله من انه يبتدا بكسب الردة او الاسلام او كل
دين يقضي من كسبه في تلك الحالة هذا اذا قتل او مات قبل ان يسلم واما
اذا اسلم ثم مات او لم يمت يكون في الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا
يجري الارث فيه بالاتفاق **قال رحمه الله** ولو ارتد بعد القطع عمدا ومات
او لحق فجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الديه في ماله لورثته اي لو قطعت
يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات علي ردته من ذلك او لحق بدار الحرب
ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلي القاطع نصف الديه من ماله خاصة لان العاقلة
لا تعقل العمد اما الاول وهو ما اذا ارتد بعدما قطعت يده ومات من القطع

فلان السرا

فلان السرايه حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم
ومات من ذلك حيث لا يضمن شيا لان ما هدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد
يلحقه الاهدار بالابرا فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما اتلف وهو معصوم وهو
اليد دون النفس ونظيره البيع او الاعتاق حتي لو قطعت يد عبده ثم باعه او اعتقه
لا يضمن الجاني الا اليد وان مات بعد الرد عليه بالفسخ لانه صار مبريا له بهذا النقل — ف
واما الثاني وهو ما اذا الحق بدار الحرب بعد الردة وقضي القاضي بلحاقه فلانه صار
ميتا تقديرا والموت يقطع السرايه واسلامه حياه حادثه تقديرا فلا يعود حكم الجنا — به
الاولي واذا لم يقض القاضي بلحاقه حتي عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزله موته
مرتدا قبل ان يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر علي ما نبينه ان شا الله
تعالي لان حكم الالتحاق لا يثبت الا بحكم الحاكم **قال رحمه الله** وان لم يلحق واسلم
ومات ضمن الديه اي كامله وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد وزفر يضمن
نصف الديه لان اعتراض الرده اهدر السرايه فلا ينقلب بالاسلام معتبرا وهذا
لان الرده معنا لو مات عليها لا يجب بالسرايه شي فكذا اذا لم يمت عليها فصار
لعبد قطعت يده ثم باعه المولي ثم اشتراه او تقايلا ثم مات لا يجب علي القاطع الا
ديه اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولانه بالردة اهدر دمه فصار مبريا
له عن ضمان النفس كما اذا باع عبده بعد القطع علي ما ذكرنا ولهما ان الجنايه وردت
علي محل معصوم وتمت علي محل معصوم فتوجب كل الديه كما لو لم يتخلل الرده بينهما
وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقا الجنايه وانما المعتبر قيامها في حال
انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم
فصار كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال
النصاب في حال انعقاد السبب وتمامه والرده ليست بابرا عن الجنايه وضعا
ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الا انها توجد ممن عرا بان لم يكن ثم جنايه عليه
الا انه مات علي تلك الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لكون دمه هدرا بخلاف
ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه فاذا قطع الاصل قصدا
فقد قطع البدل ايضا فصار كالابرا **قال رحمه الله** ولو ارتد مكاتب ولحق

واخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته
بالردة غير انه صار دمه مباحا وباباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو
وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالتحاق بدار الحرب لانها لا تبطل بحقيقة
الموت فبالحكمي اولى ان لا تبطل فيبقى ملكه لماله والتصرف على حاله وهذا على
قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك المال والتصرف بعقد
الكتابة وهو باق على ما بيناه ولا يمتنع ذلك بالرق فاولى ان لا يمتنع بالردة لان
الرق اقوى في المنع من الردة الا ترى ان المرتد يملك بعض التصرفات بالاجماع
وبعضها فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية توفي المولى كتابته وما بقي يكون لورثته
لما في الموت الحقيقي فان قيل اذا مات عن وفاء حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء
حياته فتبين بذلك ان كسبه كسب مرتد حر فوجب ان يكون فيئا على مذهبه
قلنا حكمنا بحريته في اخر جزء من حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي
حرية نفسه واولاده وملك كسب رقبته وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا
الا ترى انه لا تصح وصيته وان ترك وفاء لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة
بالكتابة فلهذا لا يكون كسبه فيئا لان كسب العبد المرتد لا يكون فيئا فلا يجعل حرا
في حقه قال رحمه الله ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت وولد له
ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد اي اذا ارتد الرجل
وامرأته ولحقا بدار الحرب فولدت المرأة هناك ولدا وولد لولدها ولد ثم ظهر
عليهم جميعا فولدها وولد ولدها فيء ويجبر ولدها على الاسلام لا ولد ولدها
لان الولد يتبع الام في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد
على الاسلام تبعا لابويه لان الاولاد يتبعون الآباء في الدين لقوله عليه السلام
كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث رواه
البخاري ومسلم واحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ارأيت من
يموت منهم قال الله تعالى اعلم بما كانوا عاملين فيكون ذلك حجة لابي حنيفة ومحمد
في توقفهما في اطفال المشركين فاذا تبع ما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا
يقتل تبعا لابيه لانه كافر اصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم

الكافر

الكافر الاصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام فيه
روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن ابي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا
يجبر لانه لو اجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان اباه كان تبعا لابويه
والتبع لا يكون له تبع او تبعا لجده ولا وجه له لان تبعية الآباء في الدين على
خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم
وحوى عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد واصل هذين الروايتين
مبني على ان ولد الولد يكون مسلما باسلام جده ام لا ففي رواية الحسن يكون
مسلما فاذا تبعه في الاسلام يتبعه في الاجبار عليه ايضا وفي رواية لا يتبعه
في الاسلام فكذا في الاجبار والمسائل التي جعل الجد فيها كالاب اربعة كلها
تخرج على الروايتين احدها هذه والثانية صدقة الفطر الحافد والثالثة الوصية
وهو ما اذا اوصى لاقاربه هل يدخل الجد فيها ام لا والرابع جر الولاء وهو
ما اذا اعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه ام لا ففي ظاهر الرواية لا يكون
الجد في هذه المسائل كالاب قال رحمه الله وارتداد الصبي العاقل
صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس
بارتداد لانه يلزمه احكام يشوبه بها ضرر كحرمان الارث ولزوم الفرقة
بينه وبين امرأته المشركة او المسلمة وامتناع وجوب نفقته على ابويه او
غيرهما من اقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذ التبعية دليل العجز
والاصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولابي
يوسف ان الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق
وغيرهما مما يتمحض ضررا ولهما ما روي جابر انه عليه السلام قال كل مولود يولد
على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا اعرب عنه لسانه فاما شاكرا او كفورا
وصح عليه السلام ايمان علي رضي الله عنه وكان امن صبيا وافتخاره بذلك معروف
وكان يقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي وسبقتكم
الى الاسلام قهرا بصارم همتي وسنان عزمي وذكر جعفر انه اسلم ابن خمس سنين

(margin: يتبين — وف)

وذكر القتبي ان سن عمر كان سبع سنين وعن عروة انه قال اسلم علي وعمره ثمان
سنين اخرجه البخاري ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان
والذي اتى بحقيقته الكفر وهو الجحود والانكار فلا مرد للحقايق وهذا لان الاقرار عن طوع
دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده ولا الحجر عنه لان الحقايق لا تحجر عنها كما لا تحجر في حق سائر
افعاله حتى وجب عليه الضمان باتلاف مال الغير شرعا وفسد صومه بالاكل وهو صايم
فلا يعذر فيه لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده
لضرر يلحقه في الدنيا وما يتعلق به سعادة ابديه ونجاة سرمديه هي من اجل المنافع
وهو الحكم الاصلي الذي يترتب على الاسلام ثم ينبني عليه غيره فلا يبالي بسوءه لان المعتبر
هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه في ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل اصلا الى اخره
قلنا انما يجعل تبعا لتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة
مع ابقاء التبعية تحصل بطريقين وذلك انفع له وانما يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما
مضادة واما اذا تايد احدهما بالاخر فلا يمتنع الا ترى ان التبع اذا نوى السفر كالمراة
ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية اصله لما قلنا فان قيل لو صح اسلامه بنفسه لكان
ذلك منه فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين
الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم ان يكون مخاطبا ولا قايل به فاذا لم يمكن تصحيحه
فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان صفته الفرضيه في الاصل مغنيه
عن اعتباره في التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين امراته
اذا لم يحسن ان يصف الاسلام كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبا لدفع الحرج عنه فاذا
اداه صح كالمسافر وغيره من اصحاب الاعذار يودي الجمعه فانها تصح وتقع عن الفرض
وان لم تكن الجمعه فرضا عليه وانما لم تبن زوجته اذا لم يحسن الوصف بعد ما عقل
لبقاء معنى التبعيه وفيه توفير المنفعه على ما بينا وقوله لا يقتل يعني اذا ابى
ان يسلم بعد ما ارتد لان القتل عقوبه وهو ليس من اهلها والاجبار على الاسلام
نفع له فيجبر هذا في صبي يعقل واذا كان لا يعقل لم يصح منه شي من ذلك لان اقراره
لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر ولذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الرده
دون الاسلام على ما عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد **قال في المحيط** معزيا

الي الفتاوي الساحر هل يقتل او تقبل توبته ينظر انه ان اعتقد انه خالق لما يفعل
فمتى تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرا عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه
كافر اسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وقال ابو حنيفة في المجرد انه يقتل ولا يستتاب
ولا يقبل قوله اني اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه الان ساحر
او اقر بذلك ولذلك المراة الساحرة تقتل لان عمر كتب الى نوابه ان اقتلوا كل
ساحر وساحره رواه احمد وابو داود والبخاري وعن جندب انه عليه السلام
قال حد الساحر ضربه بالسيف رواه الدارقطني وقال الترمذي الصحيح انه موقوف
عليه قلنا الموقوف في مثله محمول على السماع لانه لا يدرك بالراي وذكر في
المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتده والاول اصح لان ضررها
وهو السحر يتعدى فتكون ساعية في الارض بالفساد بخلاف المرتده والحربيه
ولذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبه لما روي عن عكرمه رضي الله عنه انه
قال اتي علي رضي الله عنه بزنادقه فاحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما
فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا
بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه
فاقتلوه رواه البخاري وغيره والله اعلم

باب البغاة

قال رحمه الله خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد
دعاهم اليه اي الى العود الى الجماعة وكشف شبهتهم لان عليا رضي الله عنه بعث
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الى اهل حروراء فدعاهم الى التوبه وناظرهم
قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكره قال الله تعالى **وذكر
فان الذكرى تنفع المؤمنين** وهو اهون فيبدا به وهذه الدعوه ليست
بواجبه لانهم قد علموا لماذا يقاتلوا فصاروا كالمرتدين واهل الحرب الذين
بلغتهم الدعوه ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي بالنبل
والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض لقوله تعالى **فقاتلوا التي
تبغي حتى تفيء الى امر الله** فصار قتالهم كقتال اهل الحرب **قال رحمه الله**
ونبدا بقتالهم يعني اذا تحيزوا وتهيؤوا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ

المعروف بخواهر زاده وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا ابتداهم بقتال حتى يبدؤه وقال الشافعي رضي الله عنه انه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر فان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير تقييد بالبداية منهم وقول علي رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم في اخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا عظيما لمن قتلهم يوم القيامة رواه احمد ومسلم والبخاري ولان الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن بعد ما تاهبوا فعل ذلك ولا يقاتلهم لانه امكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج عن الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم الى ان يفعلوا ذلك بل اوجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما رويناه عنه عن النبي عليه السلام ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تاهبوا فعل ذلك ولا يقاتلهم لانه امكن دفع شرهم باهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وما روي عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم القعود عن الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين قال رحمه الله ولو انهم فيه اجهز على جريحهم واتبع موليهم لان المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة قال وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله قال رحمه الله والا لا اي ان لم يكن لهم فيه لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي عن مروان بن الحكم انه قال صرخ صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن اغلق بابه فهو امن ومن القى السلاح فهو امن رواه سعيد ويوم الجمل لم يكن له فية ولان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعي لا يقتل في الوجهين بناء على ما بينا من اصله انه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا قال رحمه الله ولم تسب

دريتهم وحبس

دريتهم وحبس اموالهم حتى يتوبوا لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يوخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل اسير يعني اذا لم يكن لهم فية وان كانت لهم فية فالامام بالخيار ان شاء قتلهم لئلا ينفلت ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول علي رضي الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه اصحابه ان يقسم النساء بينهم قال اذا قسمت فلمن تكون عايشة فانتهوا بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون اموالهم وانفسهم معصومة بالعصمتين لكونهم في دار الاسلام قال وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وقال الشافعي رحمه الله لا يقاتل به لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين اصحابه وكانت قسمته للحاجة لا للتملك بدليل ما روي الزهري ان الصحابة اجمعوا ان لا يوخذ مال ولان للامام ان يفعل ذلك بمال اهل العدل لما روي انه عليه السلام اخذ الدرع من صفوان بغير رضاه فما ظنك بمال اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم حتى يتوبوا امولهم لان في رده عليهم تقويه لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان حبس الثمن ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب اوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان معهم اهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم كحكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا اخذ اموالهم لان عهدهم لا ينتقض به قال رحمه الله وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شي اي ان قتل باغ باغيا مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يمكن استيفاوه الا بالمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده كالقتيل في دار الحرب قال رحمه الله وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به يعني اذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم تجر على المصر احكام اهل البغي وازعجهم الامام قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام اهل العدل لم تنقطع قبل ان تجري احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجرا ينقطع فلا يجب قال رحمه الله وان قتل

ق

به

لعدله

هم

عادل باغيا او قتله باغ وقال انا على حق ورثه وان قال انا على باطل لا اي قتل رجل
من اهل العدل رجلا من اهل البغي او قتل رجل من اهل البغي رجلا من اهل العدل
وقال الباغي القاتل قتلته وانا على الحق ورثه وان قال قتلته وانا على الباطل لا يرث
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال
الشافعي رحمه الله لا يرث العادل ايضا لقوله عليه السلام لا يرث القاتل ولهذا عنده
لو قتله بحق من قصاص او رجم او حكم عليه بذلك او شهد عليه لا يرث قلنا حرمان الارث
جزاء الحربية ولا حربية في القتل الواجب او الجائز فلا يحرم وقتل الباغي واجب فلا
اثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فلذا لا يحرم الارث لان حرمانه من باب
العقوبة ولذا الباغي لا يحرم لانه اتلف بما اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق
بالصحيح اذا انضمت اليه منعة كتاويل الحرب والمرتدين الا ترى الى ما يروى
عن الزهري انه قال هاجت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون
فاجمعوا ان لا يقاد احد ولا يوخذ بمال على تاويل القران الا ما وجد ماله بعينه
رواه احمد ولذا اجمعوا على ما اتلفه اهل الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه البرقاني
على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالزام والالتزام ولا التزام منه لاعتقاده
الاباحة ولا الزام من الامام لعدم الولاية بمنعتهم ولا يكثر القياس على ما اذا لم يكن
لهم تاويل او منعة لان الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التاويل
ولا بد من المنعة والتاويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص على مدينة فقتلوا
النفس واخذوا المال اخذوا بجميعه لعدم التاويل ولذا لو تغلب رجل او رجلان
فاخذوا المال واتلفوا النفس بتاويل اخذوا بجميع الاحكام لعدم المنعة ثم قال
صاحب الهداية ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه
مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا
وياثم لانه لا منعة في حق الشارع وكذا قال في البدايع لا يضمنون ما اصابوا من
دمائنا واموالنا اذا كان لهم منعة ولنا اهل العدل لا يضمنون ما اصابوا من
دمائهم واموالهم لان ما اصابوا دفعا لقتالهم عن انفسهم والعادل اذا اتلف
عادل لا عبدا او حرا او ماله دفعا لقتاله لا يضمن فالباغي اولى وفي شرح المختار

غير متاولين صح

وفي شرح المختار قال محمد اذا تابوا افتيتهم ان يغرموا ولا اجبرهم على ذلك لانهم اتلفوا بغير
حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل اذا اتلف
مال الباغي يوخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وامكن الزام الضمان فكان
في الجابه فايده بخلاف ما اذا اتلفوا مال العادل فعلى ما ذكره في الهداية والبدايع
من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا اتلف حالة القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه
ان يقتلهم الا باتلاف شيء من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم وعند ارسال الماء
والنار عليهم واما اذا اتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم
واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم ثم ابو يوسف يقول
في قتل الباغي العادل انه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث كقتل الخاطي بل اولى
لانه اثم والخاطي لا اثم بالقتل والتاويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان
والحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان هذا قتل حصل بتاويل
صحيح عند القاتل لا بضمانه الى المنعة وان كان هذا التاويل فاسدا في نفسه
الا انه يسقط به الضمان فلذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجة الى استحقاق
الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى دفع الحرمان لان الارث
يستحق بسببه كالنسب او السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان
الذي ثبت جزاء على فعله بتاويله الفاسد بشرطه وهو ان يكون مصرا ليكون
صحيحا عنده بخلاف المخطي فان الخطا لا يدفع جزاء فعله في الدنيا الا ترى انه
يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك قال ولكره بيع
السلاح من اهل الفتنة لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على
البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان الواجب قلع سلاحهم
بما امكن حتى لا يستعملوا في الفتنة فالمنع اولى قال وان لم يدر انه منهم
لا اي ان لم يدر انه منهم اهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل
الصلاح وعلى الغالب تنبني الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح
دون ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لان المعصية تقع بعين السلاح بخلاف
الحديد الا ترى ان القضب والخشب الذي يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه

لانه لا معصية في عينها وكذا لا يكره بيع الجاريه المغنية والكبش النطوح والديك
المقاتل والحمامة الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر في استعماله المحظور ثم ذكروا
ان الحديد لا يجوز بيعه من اهل الحرب واجازوه من اهل البغي والذي يظهر من الفرق
ان اهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال
بالتوبة او بتفريق جمعهم بخلاف اهل الحرب والله اعلم بالصواب ،، كتاب
اللقيط اللقيط اسم لشي منبوذ في اللغة فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح
وفي اصطلاح الفقها اسم للمولود حي طرحه اهله خوفا من العيلة او التهمة سمي به باعتبار
ما يول اليه لما انه يلتقط وهو من باب وصف الشي بالصفة المشارفة لقوله من قتل
قتيلا فله سلبه قال رحمه الله ندب التقاطه ووجب ان خاف الضياع لما فيه من
احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس
جميعا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال ولهذا قيل محرزه
غانم ومضيعه اثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر
كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب اليه ان كان في غالب رايه انه لا يهلك بان وجده في
مصر حا ... ومفروض عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده في مفازة ونحوه من
المهالك صيانة له ودفعا للهلاك لمن راى اعمى يقع في البير ونحوه يفترض عليه حفظه
عن الوقوع وهو فرض كفايه لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته قال رحمه الله
وهو حر لانه الاصل في بني ادم اذهم اولاد حوى وادم فالاصل بقاء ما كان عليه حتى
يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو
الظاهر والغالب ثم هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف لوجود ولد
بينهما لا يعرف له اب قال رحمه الله ونفقته في بيت المال روي عن عمر وعلي رضي الله
عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قرب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار
كالمقعد الذي لا مال له ولا قرب ولان ميراثه لبيت المال فيجب نفقته منه لان الخراج
بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذي يثبت فيه النفقه من بيت
المال في اواخر باب الجزية من كتاب السير ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون
متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا ان يامره القاضي بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط

بها الان للقاضي ولاية عليه فتكون دينا عليه ثم بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي
للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي حتى اذا قضى دينا على شخص بامره فانه يرجع
عليه وفي الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع
عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال قال رحمه الله
كارثه وجنايته اي نفقته في بيت المال كما يكون ارثه له وجنايته فيه على ما بينا
قال رحمه الله ولا ياخذه منه احد اي لا ياخذ اللقيط احد من الملتقط لان يده
سبقت اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه
هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضي باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله
ان لا يقبله منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه لتكون مونته في بيت المال وان
اقام بينة انه لقيط او علم القاضي بذلك فلذلك له ان لا يقبله منه لانه بالالتقاط
التزم حفظه وتربيته ثم اراد ان يعزل نفسه فلا يسمع منه ان شاء كالوصي
اذا اراد عزل نفسه بعد موت الموصي قال ويثبت نسبه من واحد
يعني اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس ان لا يثبت نسبه منه لانه
يتضمن ابطال حق الملتقط في اليد ولا يملك ذلك وجه الاستحسان انه اقرار
بما ينفعه وهو محتاج اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه
فيه فصحت دعوته ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده
من الاجنبي وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وقيل يصح في حق النسب
دون ابطال اليد للملتقط لان يده ثبتت في وقت لا منازع له فيه فلا يقدر
على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه
فدعوه الملتقط اولى وان كان ذميا والاخر مسلما لانه صاحب يد والقياس
ان لا تقبل دعوه الملتقط اصلا لانه يناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعد ما
اقر انه لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح
وجه الاستحسان انه اقرار على نفسه بانه يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه
ويلتسب له ما ينفعه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض
فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا اكذب نفسه وقيل تقبل قوله قياسا واستحسانا

لانه لبس فيه ابطال يد احد والنسب ينفعه علي ما بينا بخلاف دعوة الاجنبي والاصح
انه علي القياس والاستحسان لدعوة الاجنبي وان اختلف وجه القياس فيه علي ما بيناه
قال ومن اثنين اي يثبت نسبه من اثنين ايضا كما يثبت واحد وذلك عند عدم
المرجح لاحدهما من يد او بينة او ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوايهما في السبب والنسب
قد يثبت من اثنين عند الاستوا في الحجة علي ما بينا في باب الاستيلاد قال رحمه الله
فان وصف احدهما علامة به اي بالولد فهو احق به لان ذكر العلامة يدل علي انه كان في يده
فالظاهر انه له فيترجح باختلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها
لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك في اللقيط وهو
الدعوه دون اللقطه الا ترى ان احدهما لو انفرد بها بالتسليم في اللقيط دون اللقطة
نعلم بذلك ان الدعوه سبب الاستحقاق في اللقيط واعتبار العلامه له اصل في الشرع
قال الله تعالى ان كان قميصه قد من دبر الايه وقال تعالى تعرفهم بسيماهم وان
وافق بعض العلامه وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس احدهما باولي من الاخر
بالاعتبار ولو سبقت دعوه احدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الاخر بعده لا يقبل
الا ببينه لان البينه اقوي ولو ادعت امراتان قضي به لهما عند ابي حنيفه رحمه الله
وعندهما لا يقضي لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهو
محال منهما بخلاف الرجل قال رحمه الله ومن ذمي وهو مسلم ان لم يكن في مكان
اهل الذمة اي يثبت نسبه من ذمي اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما ان لم يوجد
في مكان اهل الذمة وهذا استحسان لان دعوته تضمنت النسب وهو نفع له
وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو ضرره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم
من كونه ابنا له ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه والقياس ان لا تقبل دعوته لانه محكوم
له بالاسلام فلو جعل ابنا له صار تبعا له في الدين وهو ضرره ووجه الاستحسان ما
بيناه وقوله ان لم يكن في مكان اهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف
المشايخ فيه فحاصله ان هذه المسئلة علي اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في
مكان المسلمين كالمسجد والقرية او المصر للمسلمين فيكون مسلما والثاني ان
يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة وقرية من قراهم فيكون كافرا

والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان
الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الروايه ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه ولان
المسلم لا يضيع ولده في البيعه ولا الكافر في المساجد وفي روايه ابن سماعه عن محمد العبره
للواجد لقوة اليد الا ترى ان تبعيه الابوين فوق تبعيه الدار حتى اذا سبي الصغير
مع احد ابويه يعتبر كافرا فلذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب في حقه
لقيامه بتربيته وفي روايه ايهما كان موجبا للاسلام فهو المعتبر لان الاسلام يعلو
ولا يعلى وهو انفع له ايضا وفي روايه يحكم زيه فان كان زيه زي المسلمين فهو مسلم
وان كان عليه زي الكفر نحو الصليب والزنار فهو كافر ومن عبد وهو حر اي يثبت
نسبه من عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعه
في حقه وهو لا يتبعه في الرق وانما يتبع امه وقد تلد حرة فيكون ولده حرا فلا تبطل
الحريه الثابته بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدي من زوجتي وهي امة فصدقه
مولاها ثبت نسبه ويكون حرا عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحريه
بتصادق العبد وسيدها وقال ابو يوسف يكون عبدا لسيدها لان الامة امه
فاذا ثبت النسب منهما ثبت ما هو من ضروراته وهو الرق اذ يستحيل ان يكون المو
بين رقيقين حرا بخلاف الذي علي ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه
قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحريه الثابته بالدار بالشك والحر في دعوة
اللقيط اولي من العبد ولو ادعاه حران احدهما انه ابنه من هذه الحره والاخر
من الامة فالذي يدعي من الحره اولي لانه اكثر اثباتا لكونه يثبت جميع احكام
النسب ولو كانت الامه سريه له لانه يثبت الاحكام من جانب والاخر من الجا
فكان اولي والمسلم احق من الذمي عند التنازع لانه انفع له اذا كان حرا وان
كان عبدا فالذمي اولي لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستوا ولا استوا
ولذا العبد لا يترجح باليد قال رحمه الله ولا يرق الا ببينة لانه حكم بحريته
بالدار فلا يتغير ذلك الا بحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين لانه مسلم
بالدار وباليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار الا اذا كان كافرا بوجوده في موضع
اهل الذمة علي ما بينا والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم

انه احق بحفظه فيقيم عليه البينه ليتوصل الي حقه ولذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ
لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا في
يد رجل فادعي انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون عبدا له وان لم يدرك لانه
لم يعرف الا في يده فالقول قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا
بتصديقه ولو سكت يكون عبدا له لانه اذا رد لا يصح لقيام يده من وجه — لهذا صح
وان صدقه بعد الادراك يبطو فان كان بعد ما اجري عليه شيء من الاحكام
احكام الاحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه انصل
به التكذيب من وجه الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر
له قال رحمه الله وان وجد معه مال فهو له لانه في يده وهو من اهل الملك لكونه
حرا فيكون ما في يده له بظاهر يده وكذا اذا كان المال مسدودا علي الدابه والملتقط عليها
للشهادة الظاهره من حاله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضي عند البعض لانه مال
ضايع لا يعرف له مالك وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير
امره لانه مال اللقيط ظاهرا لما ذكرنا ومن شدة جعله له ظاهرا وللملتقط
ولاية الانفاق وشرا ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يبقا الظاهر لا
يصلح للاستحقاق بل للدفع لانا نقول عرضنا بذلك دفع الغير فاذا اندفع
سقي المال ضايعا فيصرف عليه علي انه ملكه او بيت المال قال رحمه الله
ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجاره لان ولاية التزوج علي الغير مستحق بقرابة
او ملك او سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز الا بكمال الراي
ووفور الشفقه وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهذا لا تملكه الام مع انها
تملك الانكاح فهذا اولي وهذا لان في كل منهما لم يوجد الا شطر العله وهي كمال
الشفقه فيها وكمال الراي فيه فصار كالعم والاجاره لا يملكها من لا يملك اتلاف
منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك ان يوجره كالعم بخلاف
الام فانها تملكه علي ما عرف في موضعه وذكر القدوري ان له ان يوجره
لانه يرجع الي سعيه والاول اصح وهو رواية الجامع الصغير قال رحمه الله
ويسلمه في حرفه لانه نافع محض يذهب نفسه ويطلع صاحب حرفه

والاستغال

والاستغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والاخره
قال رحمه الله ويقبض هبته اي اذا وهب اللقيط هبة فللملتقط ان يقبضها
له لانه نفع محض له وليس فيه احتمال ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا
والله اعلم بالصواب

كتاب اللقطة

اللقطه مثل اللقيط في الاشتقاق
والمعني فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطه بضم اللام وفتح القاف
اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم المفعول كالضحكه والضحكه وسمي هذا المال
الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معني اختص به وهو ان كل من راها يميل الي
رفعها فكانها تامره بالرفع لانها حامله اليه فاسند اليها مجازا فجعلت كانها هي التي
نفسها ونظيرها قولهم ناقة حلوب ودابه ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من
راها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كانها حلبت نفسها وركبت علي نفسها
قال رحمه الله لقطه الحل والحرم امانه ان اخذها ليردها علي ربها واشهد
لان الاخذ علي هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلما
وجب اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون مضمونا عليه وصاحبها ايضا رضي
بالاخذ له عادة فقد وجد منه الرضي دلالة فلا يجب عليه الضمان وانما قلنا انه ماذون — ن
له فيه شرعا لقوله صلي الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ
عفاصها ووكاها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق بها وان لم يجي صاحبها فهو مال
الله تعالي يوتيه من يشاء رواه احمد وابن ماجه وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل
والحرم وقال الشافعي رحمه الله لقطة الحرم لا يحل له ان يرفعها لان مال الغير لا يجوز اثبات
اليد عليه الا باذنه وحالا يجوز ولا الاذنه وقال بعض المتقدمين من
ائمة التابعين يحل له ان يرفعها والترك افضل لان صاحبها يطلبها في ذلك
الموضع والحجة عليهم ما بينا ولانه لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خاينه
فيكتمها عن مالكها قالوا اذا كان يخاف علي نفسه الطمع فيها فالترك افضل
صيانة لنفسه عن الوقوع في المحرم واذا اخذها عرفها حتي يوصلها الي
مالكها والاشهاد لنفي التجاحد حتي لو صدقه صاحبها انه اخذها ليردها
علي صاحبها لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه كالبينه ولو اقر

انه اخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير نصا ركالغاصب وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى صاحبها انه اخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال ابو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لان اخذها لصاحبها حسبه ولنفسه معصيه فكان حمل فعله على الصلاح اولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدعي الضمان والقول قول المنكر ولهما انه اخذ مال الغير بغير اذنه وهو سبب الضمان فيضمن وهذا لان الاذن مقيد بالاشهاد على ما روينا واذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو اخذ مال الغير وادعى انه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان واما اذا لم يمكنه بان لم يجد احدا يشهده او خاف عليها من الظلمه فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على اخذه لنفسه عند القدرة وان اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرا من الضمان به انما قالا لان الظاهر انه اخذه لنفسه فلا يبرا بغير الرد على صاحبه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من رايتموه ينشد الضالة فدلوه عليه سواء كانت اللقطه واحده او اكثر قال رحمه الله الى ان يعلم ان ربها لا يطلبها اي عرف اللقطه الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها وروي محمد بن حنيفه ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشره فصاعدا عرفها حولا وقوله اياما اي على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي ووجهه انه عليه السلام سيل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه وسيل عن ضالة الابل فقال مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يجدها ربها

وسيل

وسيل عن الشاة فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذيب رواه البخاري ومسلم وغيرهما فقدره بسنة من غير فصل بين القليل والكثير وروي الحسن عن ابي حنيفة انها ان كانت ماية درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما فوق العشره الى ماية شهرا وفي العشرة جمعه وفي ثلاثة دراهم ثلاثة ايام وفي درهم يوما وان كانت تمره ونحوها تصدق بها مكانها وان كان محتاجا اكلها مكانها قدر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في المختصر واحد لانه فوضه الى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا منافي بينهما وهذا الذي اختاره صاحب الهداية وقيل ان شيا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وان كانت اللقطة شيا لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان تفسد تصدق به وعنه عليه السلام انه مر بتمرة في الطريق فقال لولا اني اخاف ان تكون من الصدقة لاكلتها رواه البخاري ومسلم وقال جابر رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل واشباهه يلتقط الرجل ينتفع به رواه ابو داود وقال عليه السلام لابي بن كعب عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووعايها ووكايها فاعطها اياه والا فاستمتع بها رواه مسلم واحمد وهذه الاخبار بعضها مقدرة بالحول وبعضها بسنة وبعضها مطلقه عن التقدير فهذا يدل على ان التقدير ليس بلازم وانما هو مفوض الى راي الملتقط وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي لقيها فيه وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني انه يكفيه الاشهاد انه ياخذها ليردها الى صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير الكبير ولو ان رجلا شيب دابته فاخذها انسان فاصلحها مالكها ان قال مالكها وقت التشييب هي لمن اخذها فلا سبيل له عليها لانه اباح التملك وان لم يقل كان له ان ياخذها منه ولذا فيمن ارسل صيدا له وان اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره ابو الليث وفي الهدايه ان كانت اللقطه شيا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاوه اباحة ويجوز الانتفاع به من غير تعريف لكنه مبقا على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشور والنواة يملكه وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع

الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهوله ولصاحبها ان ياخذه منه ولذلك الحكم في صوفها قال رحمه الله ثم تصدق اي تصدق بالملتقط اذا لم يجي صاحبها بعد التعريف لان الواجب عليه حفظها واداؤها الى اهلها قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة ۝ وبالتصدق عنه عند عدمها اذ ايصال عوضها وهو الثواب كايصال عينها عنه وان شا امسكها رجاء الظفر بصاحبها وروي عن بن مسعود انه اشترا جارية فذهب البايع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها قال فان جاء ربها نفذه او ضمن الملتقط يعني اذا جا صاحب اللقطه بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شا امضى الصدقه وله ثوابها لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الاجازه فيه على قيام المحل لان الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القايم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك ايضا عند الاجازة وان شا ضمن الملتقط لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب الضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق بها وانما اباح له ذلك فصار دينا ولـ مال الغير حاله المخمصه ولا فرق في ذلك بين ان يتصدق بامر القاضي او بغير امره في الصحيح لان امره لا يكون على فعله والقاضي لو تصدق كان له ان يضمنه فكذا له ان يضمن من امره القاضي وله ان يضمن الفقير لانه اخذ ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بالحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير لما عرف في موضعه هذا اذا هلكت العين في يد الفقير وان كانت قايمه اخذها صاحبها ان لم يضمن الصدقة لانه وجد عين ماله قال رحمه الله وصح التقاط البهيمة اي يجوز التقاطها وقال الشافعي رحمه الله الترك افضل في غير الشاة لما رويناه ولنا انها يخاف عليها ان يصل اليها يد خاينه فكان في اخذها صيانتها فكان افضل او واجبا على نحو ما بينا في غيرها ولان اطلاق النصوص في هذا الباب يتناولها وما رواه كان في ديارهم اذا كان لا يخاف عليها من شيء ونحن نقول في مثله بتركها وهذا الان في بعض البلاد الدواب تسيبها اهلها في البراري حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت

حاجتهم ولا

حاجتهم ولا فايدة في التقاطها في مثل هذه الحالة والذي يدل على ذلك ما رواه مالك رحمه الله في الموطا عن بن شهاب قال كانت ضوال الابل في زمن عمر ابلا مؤبلة تتناتج لا يمسها احد حتى اذا كان عثمان امر بمعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها اعطي ثمنها قال وهو متبرع في الانفاق على اللقيط لانه لا ولاية له في الايجاب على ذمتها فصار كما اذا قضى دين غيره بغير امر المدين قال رحمه الله وباذن القاضي يكون دينا اي لو انفق باذن القاضي يكون دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغايب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار امره كامر المالك ولا يامره بالانفاق حتى يقيم البينه انها لقطه عنده في الصحيح لانه يحتمل ان تكون غصبا في يده فيحتال لايجاب النفقه على صاحبها وهو لا يجب عليه في المغصوب وهذه البينه ليست للقضا وانما هي ليكشف الحال فيقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينه يامره بالانفاق عليها مقيدا بان يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطه ولا ادري اهو صادق او كاذب وطلب ان امره بالانفاق عليها فاشهدوا اني امرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر يسعى الحاكم ان يخلعه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشتري ولم يجده وطلب من الحاكم ان يباع ويوفي دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينه فان عجز اجابه على نحو ما ذكرنا في اللقطه وقوله وباذن القاضي يكون دينا يشير الى ان النفقه تصير دينا بمجرد اذنه وليس كذلك في الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب والمشوره او للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من ان يشترط ويجعله دينا عليه كما ذكرنا في اللقطه وانما يامره بالانفاق عليها يومين او ثلاثه بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا لظهر قال رحمه الله ولو كان لها نفع اجرها وانفق عليها اي من اجرتها لان القاضي نصب ناظرا والممكنه ابقاء العين من غير ان يلزم صاحبها الدين فتعين طريقا قال والا باعها اي ان لم يكن لها نفع وانفق عليها بقدر ما يرى من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو انفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقه قيمتها وليس من النظر ان تبقى العين ويوجب عليه اضعاف قيمتها فتعين الحفظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفي كونه امانه في يده وفي البدايع ان القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينه على نحو ما ذكرنا

في الانفاق والابن في هذا كاللقط الا انه لا يوجر لانه يخاف ان يابق **قال** ومنعها من ربها حتي ياخذ النفقه اي اذا جاء صاحبها وطلبها منعه اياها حتي يوفي النفقه التي انفق عليها لان هذا دين وجب بسبب هذا المال لاحيا به فكان له تعلق بهذا المال فاشبه جعل الابق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقه وانما ياخذ صفه الرهن عند الحبس كالوكيل بالشرا اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع به علي الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط لانحصار في معني الرهن عند اختياره الحبس فيهلك بما حبسه فيه فلهذا هذا ولو ان القاضي باعها بعدما انفق عليها الملتقط قدر ما راه القاضي من المده اعطاه القاضي من ثمنها لان ثمنها مالكها والنفقه دين علي مالكها فلرب الدين اذا ظفر بجنس حقه له ان ياخذه فالقاضي اولي **قال** ولا يدفعها الي مدعيها بلا بينه اي لا يدفع اللقطه الي من ادعي انها له من غير اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة علي المدعي ولان اليد حق مقصود حتي وجب علي الغاصب الضمان بازالته فلا يزال الا ببينة ولا يستحق الا بما كالملك ولهذا وجب الضمان علي غاصب المدبر فان بين علامتها حل الدفع بلا جبر اي اذا اعطي المدعي عليه علامتها حل للملتقط الدفع اليه من غير ان يجبر عليه في القضاء والعلامه مثل ان يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاها ووعاها وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر علي دفعها لما روينا من حديث ابي بن كعب وفيما رواه مسلم قال عليه السلام فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ٥ وعددها ووكاها فاعطها اياه والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب ولان الظاهر انه كان في يده لانه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد اليه ولا منازع له في الملك فيكون له ولان صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعه من وجه ولنا انه مدع وعلي المدعي البينه لما روينا ولان اليد مقصوده فلا تستحق الا بحجه علي ما قررنا والعلامه لا تدل علي الملك ولا علي اليد لان الانسان قد يقف علي مال غيره وقد يخفي عليه مال نفسه فلا عبره بها وما رواه محمول علي الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحه وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامه ثم جاء اخر واقام بينة انها له فان كانت قايمة اخذها منه

وان كانت هالكة يضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط علي الاخذ ان ضمن ولا يرجع الاخذ علي احد وللملتقط ان ياخذ منه كفيلا عند الدفع نظرا له لاحتمال ان يجي غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع علي من اخذها لخفايه فيستوثق بالكفيل بخلاف الكفيل لوارث غايب او غريم غايب عند ابي حنيفه رحمه الله والفرق له ان الملتقط ياخذ كفيلا لنفسه وهناك لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضرين في الارث فلا يجوز تاخير القسمة بين الورثة او الغرما الي زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما به وهنا لم يتعين صاحب الحق باعطا العلامة ولهذا لا يجبر بالدفع اليه فلا يضره التاخير بل المنع بالكليه علي ما قررنا وان صدقه الملتقط قيل لا يجبر علي الدفع كالمودع اذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما اذا صدق المديون الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لانه اقرار علي نفسه فوجب دفع ماله اليه وقيل يجبر لان الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعه لان المودع متعين فلا يبطل حقه في العين بتصادقهما وان دفعها اليه بتصديقه ثم اقام اخر بينة انها له فان كانت قايمة اخذها منه لان اقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضا فله ان يضمن ايهما شاء لما ذكرنا فان ضمن القابض فلا يرجع به علي احد لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط فله ان يرجع به علي القابض لان الملتقط ملكها بالضمان فيتبين ان القابض تعدي علي ملكه ولا يمنع اقراره بانها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان لاعتماده علي العلامة فاذا قضي عليه بالبينه صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشتري اذا اقر بملك البايع ثم استحق المبيع يرجع علي البايع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها اليه فانكر ربها الوكاله حيث يضمن ولا يرجع بها علي القابض لان الوكيل عامل للموكل وفي زعم المقر ان الموكل ظالم له في تضمينه اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له ان يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت انه لغيره فافترقا وللملتقط ان ياخذ منه كفيلا لما ذكرنا وذكر في شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه بتصديقه ليس له ان يرجع علي القابض فعلي هذا لا فرق بينهما ولا ياخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضا ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مجبور وان اقام الحاضر بينة انها له فقضي بالدفع اليه ثم حضر اخر واقام بينة انها له لم يضمن علي ما ذكرنا وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصوره روايتين والصحيح

انه لا يحل دفعها الى فاسق خائن قال رحمه الله وينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على
اجنبي وابويه وزوجته وولده لو فقراء يعني يجوز للملتقط ان ينتفع باللقطة اذا كان
فقيرا وان لم يكن فقيرا لم يجز ويتصدق بها على الفقير اجنبيا كان او قريبا له او زوجة
له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لاطلاق النصوص كقوله تعالى
ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الآية وقوله ولا تعتدوا وامثال ذلك الا انه ابيح
الانتفاع به للفقير بطريق التصدق لقوله عليه السلام فليتصدق بها وللاجماع فبقي
غيره بعموم التناول على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين ان يكون
الفقير واجدها او غيره من اقاربه والاجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق
على محتاج واباح الشافعي للواجد وان كان غنيا لما روينا من حديث ابي بن كعب ولانه
انما ابيح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه والحجة عليه ما بيناه
وليس له حجة في حديث ابي لانها حكاية حال فيجوز انه عليه السلام عرف فقره
الديون عليه او لقلة ماله او يكون اذنا منه عليه السلام بالانتفاع وذلك جائز عندنا
من الامام على سبيل القرض ويحتمل انه عليه السلام عرف انه مال كافر حربي بل هو
الظاهر لان دار الاسلام لم يكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفي عليهم والغني
محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه
فيها ومنع الشافعي عن الانتفاع بلقطة الحرم لاحد بل يعرفها ابدا لقوله عليه السلام
لا تحل لقطتها الا لمعرف ولما روي انه عليه السلام نهى عن لقطة في بلد مكة
ولنا ما روينا من النصوص من غير فصل ولان في الانتفاع بها نظرا له من حيث انها
تكون مضمونة على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها له على تقدير
مجيئه والا فيحصل له ثواب الصدقة ولا حجة له فيما روي لانه لبيان انه لا يسقط
التعريف فيها باعتبار انها للغرباء ظاهرا وهما فنقول ان مالكها قد ذهب فياخذها
من غير تعريف والله اعلم بالصواب

كتاب الاباق

وهو العبد المتمرد على مولاه قال رحمه الله اخذه احب ان يقوى عليه اي يقدر عليه
لان فيه احياء لماليته وللمال حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له الخيار
ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء دفعه الى الامام فاذا دفعه اليه

لا يقبله منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة ثم حبسه الامام تعزيرا له ولانه لا يؤمن
من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها
دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا في
الضال فقيل اخذه افضل احياء له وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه واذا
دفع الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يابق وان كان له منفعة اجره وانفق
عليه من اجرته قال رحمه الله ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة ايام
فله اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول
الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده نهي عن المنكر
وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته ولنا ما روي عن عمرو بن دينار انه قال لم نزل
نسمع انه عليه السلام قال جعل الآبق اربعون درهما والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على
وجوب اصل الجعل وان اختلفوا في مقدارها فانه روي عن ابن مسعود انه اوجب
اربعين درهما واوجب عمر دينارا واثني عشر درهما واوجب علي رضي الله عنه دينارا
او عشرة دراهم وعن عمار انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج
المصر فله ان يستحق اربعين درهما فيحمل الكل على السماع لان الراي لا مدخل له في
التقدير ثم يجعل قول من قال اربعين على مسيرة السفر وما دونه على ما دونها
توفيقا وتلفيقا ولان اجابة حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال
الناس وايجاب المقدر بالسمع ولا سمع في الضال واللقطة فبقي على الاصل اذ الالحاق
ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى صيانة الآبق
لان الآبق يختفي والضال يبرز فيظهر وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة
المنقول فلا يصح قال ولو قيمته اقل منه يعني له اربعون درهما وان كانت قيمته
اقل من اربعين وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت
احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب اكثر من قيمته ولابي يوسف ان تقديره
ثبت شرعا بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما يمنع الزيادة الا ترى ان الصلح باكثر
منه لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو لو حط الكل كان جائزا
فكذا البعض وهذا هو المشهور وروي عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه

وعن ابي يوسف انه ينقص منه قدر ما ينقطع به البد **قال رحمه الله** وان رده لاقل منها فبحسابه اي لاقل من مسيرة السفر يجب بحسابه لان العوض يتوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل انه يرضخ له اذا وجده في المصر او خارج المصر وعن ابي حنيفة انه لا شي له في المصر ثم ان اتفقا في الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده من اكثر من مسيرة السفر لا يزاد على اربعين درهما لانه متعلق بمدة السفر فلا يزداد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا ياخذه او في حق يوفي كله كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين او اكثر يجب لكل واحد منهم اربعون درهما ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للام فلا يزاد على الجعل شي وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما **قال رحمه الله** وام الولد والمدبر كالقن لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فيحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى هذا اذا ردها في حياة المولى وان ردها بعد موته فلا جعل له لان ام الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل في الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اداء العتق لا يتجزى عندهما وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد اجنبيا وان كان وارثا ينظر فان اخذه بعد موت المولى لا يستحق شيا لان العمل يقع في محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف في موضعه وان اخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لغيره ولنفسه فلا يستحق الجعل ولهما ان الوجوب مضاف الى العمل لان الاجر يستحق بالعمل واثر التسليم في المبادلة في تاكيد البدل في الجانبين لان سبب التاكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لان الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات في حصته اذ لا يكون مسلما ولم يفت في حصة غيره فيتاكد عليهم حصتهم كما لو خاط او صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل التسليم لا يسقط الاجر في حصته بخلاف ما لو اخذه والمولى ميت لان العمل وقع في محل مشترك فلا يستحق الاجر على ما بينا ولو رد عبد ابنه او اخته وسائر اقربائه لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا ولو لم يكن

في عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد ابيه او احد الزوجين رد عبد الاخر فانهما لا يجب لهما الجعل مطلقا لان رد الابن على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا يقابل باجر وكذا خدمة احد الزوجين للاخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد ابقا **قال رحمه الله** وان ابق من الراد لا يضمن لانه امانة في يده اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا في اللقطة ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو اخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى فاعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض ولهذا لو اعتق المشتري المبيع قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره فالمسالة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع في يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم اذا هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الاخذ قد ظهر فلا يسمع دعوى ما يبريه عنه الا اذا اقام بينة على اقرار المولى بانه ابق **قال رحمه الله** ويشهد انه اخذه ليرده حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما وعند ابي يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط على ما بينا في اللقطة واجمعوا انه لا يستحق الجعل الا اذا اخذه ليرده حتى انه لو اقر انه اخذه لنفسه او اشتراه او اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل **قال رحمه الله** وجعل الرهن على المرتهن لانه احيى دينه بالرد لرجوعه بعد سقوطه فحصل سلامة ما له به ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لما ذكرنا وهذا ولا يختلف فيما هذا اذا كان كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان حق المرتهن في المضمون فصار كثمن الادوية والفدا

من الجناية وان كان مديناً فالجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه من الديون وان
ابى بيع العبد واخذ الراد جعله من ثمنه وما بقي يعطي لاصحاب الديون لانه مونة الملك
فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانياً فان اختار المولى الفدا فالجعل عليه لانه طهره
عن الجناية باختياره فصار كانه لم يجن واحيى الراد ماليته بالرد اليه وان اختار دفعه
بالجناية فالجعل على ولي الجناية لانه بالرد احيى حقه وان كان موهوباً فعلى الموهوب
له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع
بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب ولان زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه
التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجاني والمدين وجعل عبد
الصبي في مال الصبي لانه مونة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره
واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لان ضمان جنايته
العبد وهو على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لاخر على صاحب الخدمة
في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة او باع العبد به لانه بمنزلة العبد
المشترك قال رحمه الله وامر بنفقته كاللقطة لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه
كحكمها من ان الاخذ اذا انفق عليه من غير اذن القاضي يكون متبرعاً ولا بد من
اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفي حبسه بالنفقة عند حضور مولاه عنه
انه لا يوجوه وقد ذكرناه من قبل والله اعلم بالصواب ∴ كتاب

المفقود

قال رحمه الله هو غايب لم يدر موضعه وذكر في النهاية انه
في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشي اي اضللته وفقدته اي طلبته
وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وهو في اصطلاح
الفقها غايب لم يدر موضعه وحيوته وموته واهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم
خبره وخفي عليهم اثره فالجد قد يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقا الى يوم التناد
وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق
غيره حتى لا يرث من احد مات من اقاربه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال وانه
يعتبر في ابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح للاستحقاق قال رحمه الله فينصب
القاضي من ياخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه لان القاضي نصب ناظراً لكل من عجز

عن النظر لنفسه

عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له
فيفعل وقوله من ياخذ حقه يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غرماؤه لانه
من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار او عرض
في يد غيره لانه ليس بمالك ولا نايب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه
لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغايب وانما الخلاف المعروف
بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند ابي
حنيفة رضي الله عنه يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فاذا كان يتضمن الحكم
على الغايب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه
فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف
نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف قلنا ليس كذلك
بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر
ام لا واذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود
في القذف هكذا ذكر هنا وهو مشكل فان الاختلاف في نفس القضاء والا
لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء ابداً فاذا كان الاختلاف في نفس القضاء
فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف في واقعة
فحكم الحاكم باحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ احد لوجود الاختلاف
فيها قبل الحكم ثم الوكيل نصبه القاضي يخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف
لانه اصل فيه فيرجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله لانه
تعذر حفظ صورته ومعناه فيتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف
عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا في حفظ
ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة قال رحمه الله وينفق
منه على قريبه ولاداً وزوجته اي ينفق من ماله على فرعه واصوله
وهو المراد بقوله ولاداً وعلى زوجته لان نفقتهما واجبة من غير
قضاء القاضي ولهذا لو ظفروا بماله اخذوه من غير قضاء فيكون القضاء اعانة
لهم فلا يكون قضاء على الغايب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة وغيرهم من

ذي الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بالقضاء القاضي لما انه مختلف فيه فلو قضى لهم فكان قضاء على الغايب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم في
المطعوم والملبوس واذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والقضاء
على الغايب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان في يد
القاضي وان كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة
والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين فلا حاجة
الى اقرارهما وان كان احدهما ظاهرا دون الاخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر في الصحيح
وان دفعا اليهم بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدي المودع وعدم ايصال
الدين الى صاحبه او نايبه بخلاف اذا دفع الى القاضي بنفسه او الى غيره او بامره لان
القاضي له ولاية الدفع والاخذ فان كانا جاحدين اصلا او كانا جاحدي النسب من النسب
والزوجية لم ينتصب احد من المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغايب وهو المال
لم يتعين لحقه لجواز ان يكون له مال اخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه
كالشفيع يدعي على رجل شرا المشفوع من المالك الغايب وكالعبد يدعي على رجل
انه اشتراه من مولاه الغايب واعتقه فانه يقضي على الغايب في مثله للضرورة **قال**
ولا يفرق بينه وبينها اي لا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضى اربع سنين
يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت لان عمر رضي الله عنه فعل كذلك
في الذي استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالعنة
والايلاء فاخذ منهما المقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين
لان حقها فات وهو معتد ورد في العنة لانه مباح كما في العنة **ولنا** قوله عليه السلام
في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقال علي رضي الله عنه فيها هي امراة
ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح حقه وهو حي في ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فلذا لا يفرق بينه
وبينها وقد صح رجوع عمر الى قول علي رضي الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق في الايلاء بدفع
الظلم ولا ظلم في المفقود فلا يقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فاجله الشارع فكان
ايقاعا بخلاف الغيبة فلا يقاس عليه ولا على العنة لان الغرض بعقبها الرجوع ٥

والعنه لا تزول

والعنه لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء
قال رحمه الله وحكم بموته بعد تسعين سنة لان الغالب لا يعيش اكثر من
ذلك وهو مروي عن ابي بكر الفضيلي وعن ابي بكر محمد بن حامد رحمهما الله وابو
يوسف قدره بماية سنة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بماية وعشرين
سنة وفي ظاهر الرواية معتبر بموت الاقران في بلده لان الرجوع الى امثاله فيما
تقع الحاجة فيه الى معرفته طريق في الشرع كقيم المتلفات ومهر مثل النساء
فاذا لم يبق احد من اقرانه دل ذلك على موته فحكم بموته لان بقاه بعد اقرانه نادر
وبنى الاحكام الشرعية على الغالب لا على النادر والمختار انه يفوض الى راي الامام
لانه يختلف باختلاف البلاد ولذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك
العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل في
مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا الاختلاف ارائهم فيه فلا معنى
لتقديره **قال رحمه الله** وتعتد امراته ويرث منه حينئذ لا قبله اي
حين حكم بموته لا قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون في ذلك الوقت
لان من مات قبل ذلك الوقت من ورثته كانه مات فيها عيانا لان الحكمي
معتبر بالحقيقي **قال رحمه الله** ولا يرث من احد مات اي لا يرث
المفقود من احد مات من اقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاه حيا
الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير
وانما يدفع به استحقاق مال غيره فيكون كانه حي في ماله ميت في حق مال غيره
هذا اذا لم يعلم حياته الى ان يحكم بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث
ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت
من اقاربه كما في الحمل لاحتمال ان يكون حيا يرث فان تبين حياته في وقت مات فيه
قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف من ماله
ولذا اذا اوصي له يوقف الموصى به الى ان يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى
به الى ورثة الموصي **قال رحمه الله** ولو كان مع المفقود وارث يحجب به
لم يعط شيا وان انتقص حقه به اي بالمفقود يعطي اقل النصيبين ويوقف

الباقي كالحمل لان حاله مترددة فيعمل بالاحوط كما في الحمل في الاصل في تصحيح مسائل المفقود وهو ان ينظر في المسئلة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق احدهما في الاخر والا فاضرب الجميع في الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته او مماته لم يعط ومن كان ينتقص في احدى الحالتين ولا يسقط يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي ومن لا يتغير نصيبه في الحالتين يعطى نصيبه كاملا مثاله تركت امراة زوجا واما واختا لابوين واخا لاب كان مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن ولها للاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك رجل بنتين واخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقود فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع على تقدير حيوته ولا شيء لها على تقدير مماته ولا شيء له على تقدير حياته فتعطى البنتان الثلثين ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيئا كما في الحمل على ما عرف في موضعه والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ومنه الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له اعلم ان الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على ما نبين في اثناء البحث قال رحمه الله شركة الملك ان يملك اثنان عينا ارثا او شراء وكذا الاستيلاء او اتهابا او وصية او اختلاط مال بغير صنع او بصنعهما بحيث لا يميز ويتعسر كالجنس بالجنس او المايع بالمايع او خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان متعارفا في زمانه عليه السلام كالشركة في المواريث والغنائم ونحوها قال وكل اجنبي في قسط صاحبه حتى لا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه كمال غيره من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز لانه ملكه لولايته على ماله وكذا اذا باعه من غيره لما ذكرنا الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط

لو كان على

لو كان على سبيل التعدي فاذا حصل من غير تعدي فقد انعقد سبيل الزوال من وجه فاورثت شبهة زوال نصيب كل واحد منهما الى شريكه في حق البيع من الاجنبي فلا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه واما فيما عداه ملك واحد منهما قائم من كل وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولان كل واحد منهما في هذه الصور على حاله لان كل حبة مشار اليها ليست بمشتركة وانما هي ملك احدهما بعينه الا انه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلافه في غير هذه الصور من انواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من اجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز قال رحمه الله وشركة العقد ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقبل الاخر لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول شاركتك في بز ونحوه او في عموم التجارات وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع ما يحصل كل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة وللشريك بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلاثة اوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام وعقد الشركة جائز لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون به فقررهم عليه وروي ان السايب قال للنبي صلى الله عليه وسلم انت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه ابو داود وغيره من الثقات وقال عليه السلام ان الله تعالى يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه ابو داود وروى البخاري واحمد ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه فعلم بذلك ان شركة العقد مشروعة قال رحمه الله وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا اي شركة العقد تكون

مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة وهي مشتقة
منها قال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان
كل واحد منهما يفوض امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع
التجارات لتحقق المساواة ولا تصح الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما تقتضيه
المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها او على مقتضاها
لتكون معلومة ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها لتحقق المقصود وهو الشركة في
المشترى لانه لا يقدر ان يدخله في ملك صاحبه الا بالوكالة عنه اذ لا ولاية له
عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة
بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا
ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد
المضاربة فكذا هذا واقرب منه شركة العنان فانها جائزة بالاجماع وان تضمنت ما
ذكرنا من الجهالة في الوكالة اذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا ونقول
الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية الى المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي الى المنازعة
فيجوز قوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه فائدة مميزة عن غيرها من انواع الشركة
لان كل عقد شركة يتضمنها ولا تصح الا بها فلا تختص بالمفاوضة وشرطت
الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما
بما اشتراه احدهما ولا يقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس
فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول ذلك في التكفيل مقصودا واما اذا دخل
في ضمن شيء اخر فلا يشترط على ما ذكرنا في اشتراط الوكالة مع الجهالة او نقول
جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع واشترط
التساوي في المال لان لفظه ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي في مال
تصح فيه الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل في العروض وانما شرط ان يتساويا
في التصرف لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف

كالحر والعبد او البالغ والصغير لان الحر البالغ يملك بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن المولى
والمولى ولانهما لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فيها واشترط ان يتساويا
في الدين لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا
او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه
وكيلا له في البيع والشراء ولهذا المسلم لا يقدر على شرائهما كما ينفرد به الكافر عليه فتفوت
الشرط وهذا عندهما وقال ابو يوسف تجوز بينهما لان كلا منهما يملك التصرف ويستويان
في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما الا انه يكره لان الكافر لا
يهتدي الى الجائز من العقود ونظيره انها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع
متروك التسمية وشرائه وجوازه مثلا بينا والفرق لهما ان الحنفي والشافعي لم يتفاضلا
في التجارة وضمانها لان الشافعي في زعمه ان شراءه متروك التسمية جائز لهما وفي زعم
الحنفي غير جائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما ولذا المحاجة باقية
بينهما فيلزمه فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمي وتجوز بين الكافرين لاستوائهما في ملك
التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ
لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما او في احدهما ثم في كل موضع لا تصح المفاوضة
لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان كان عنانا لاجتماع شرائطه اذ هو اخص
فاذا بطل الاعم تعين له قال رحمه الله فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم
وكافر لما ذكرنا قال وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم اي ما يشتريه
كل واحد منهما يكون للشركة الا ما استثناه لانه مقتضى عقد المفاوضة المساواة
وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه كشرائه والقياس ان يكون
الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركا بينهما لانها من عقود التجارة فكان
من جنس ما يتناوله عقد الشركة الا انا استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك
صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد ان تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه
لا يتمكن من تحصيله الا بالشراء فكان مستثنى لهذا القدر من تصرفه من مقتضى
العقد دلالة او عادة وهو كالمنطوق ولهذا الاستئجار للسكنى والركوب للحاجة
كالحج وغيره ولهذا الادام والجارية التي يطؤها لما ذكرنا قال رحمه الله وكل دين

لزم احدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر لانه كفيله والمراد بالكفالة اذا كانت بامر
المكفول عنه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من
الصبي والعبد المأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث في المرض وله انها معاوضة
انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير امره والكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف ابي يوسف بغير امره صح
ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيرها فهو يقول انه ليس بتجارة فصار كارش
الجناية وهما يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من المأذون والمكاتب
وهذا لان شرط لزومه على غير العاقد ان يكون بدلا عن شيء يصح فيه الاشتراك وان
لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لان النفقة تصح فيها الاشتراك
ولذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق ولذا اذا استأجر
احدهما يلزمه الاجر صاحبه لما ذكرنا لان المساواة به تتحقق ولا يلزم ارش الجناية
والخلع والمهر والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون
بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزمه الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم عن
صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشيا ليست من باب التجارة فلم تدخل
تحت العقد ثم ان ادى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه
الآخر بحصته وان ادى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وان ادى
من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لانه قضى دينه بمال صاحبه او قضا عنه صاحبه
بامره قال رحمه الله وبطل ان وهب لاحدهما او ورث ما يصح فيه الشركة
اي بطلت المفاوضة اذا ورث احدهما او وهب له ما يصح فيه الشركة ووصل
الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ المساواة
فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الآخر فيه لانعدام السبب في
حقه وتنقلب عنانا للامكان اذ لا تشترط فيه المساواة قال رحمه الله لا
العرض اي لو ملك احدهما عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع
ابتداء فكذا بقاء وهذا لان المفاوضة لا تبطل بتفاوتهما في المال الا في مال
يصح عقد الشركة فيه ابتداء كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا
ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح

الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة فيمنع البقاء
لان للبقاء فيما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها قال رحمه الله
ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة وقال مالك تجوز في العروض
اذا اتحد الجنس لاستوائهما في راس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت
مع المنافي وهو ربح ما لم يضمن فاقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم
يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما
من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما
يشتري به احدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا
يتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرا
وبيع الانسان ماله على ان يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز بخلاف الشراء
ولانه يلزم ان يكون وكيلا في بيع المال على ان يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع امين
فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس اذا كانت تروج فهي اثمان فاخذت
حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة
فيها ولا المضاربة به لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال
فيصير عروضا فلا يصلح راس المال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن دفع راس المال
بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر فيؤدي الى النزاع وقيل
ابو يوسف مع محمد والاقيس ان يكون مع ابي حنيفة لما عرف من اصلهما ان الفلوس
تتعين بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين باعيانهما عندهما
خلافا له والاصح انها تجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم
يصطلح ضده وهو التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله في
شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض فلم يصلح راس مال الشركة والمضاربة
وجعله في صرف الاصل كالاثمان لان الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة والاول هو
ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف
الى شيء اخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا
فله حكم العروض في حكم التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به واما المكيل

والموزون والعددي المتقارب فلا تصح الشركة فيهما قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند ابي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما وبطل شرط التفاوت وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى صح الشراء به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن تجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا عليهما بخلاف العروض ووجه ظاهر الرواية ان ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالتين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا خلط بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وابو يوسف يقول لا اثر لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط **قال رحمه الله** ولو باع كل بنصف عرضه بنصف عرض الاخر وعقدا الشركة صح اي لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الاخر وعقدا عقد الشركة بالبيع جازت الشركة وصارت شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب الاخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير بنصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكرهنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السواء واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل باقل ما تثبت به الشركة كما اذا كان قيمة عرض احدهما اربع مائة وقيمة عرض الاخر مائة فيبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله بينهما اخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين

وكذا العكس

وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل باقل ما تثبت به الشركة ... باع احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الاخر حتى يكون المال كله بينهما ارباعا فيعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الاخر حتى يكون المال كله ارباعا وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة في العروض الذي باعه جاز ايضا

قال رحمه الله وعنان ان تضمنت وكالة فقط اي هي عنان ان تضمنت الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة وهو ان يشترك الرجلان في نوع بر او طعام او في عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة والعنان ماخوذ من قولهم عن له كذا اي عرض له **قال امرؤ القيس**

فعن لنا سرب كان نعاجه ... عذارى دوار في ملاء مذيل

اي عرض او من قولهم عن له بمعنى ظهر له فكانه ظهر له ان يشارك في البعض من ماله لان العنان لا يثبت على العموم من كل وجه او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه **ومالك والشافعي رحمهما الله** لم يجريا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة يطرق بها اهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة والخاصة من غير ان يكون مستعملا في كلام العرب وهذا اخطاء فانه مستعمل في كلام العرب **قال النابغة**

شاركنا قريشا في تقاها ... وفي احسابها شرك العنان

وانما تضمنت الوكالة ليتحقق مقصوده وهو الشركة فيما يشتري به كل واحد منهما ولا حاجة الى تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة

قال رحمه الله وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه ان يشترطا الاكثر للعامل منهما او لاكثرهما عملا وان شرطاه للعامل او لاقلهما عملا فلا يجوز **وقال زفر** يستحقان الربح على قدر ماليهما ولا يجوز ان يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر راس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف راس المال فكذا الربح ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق باحد ثلاثة امور بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا فوجب ان يستحق المشروط

كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يتقبل الاعمال بالضمان وغيرهما بالمال
ولان الحاجة مست الى اشتراط التفاضل لان احدهما قد يكون اهدى واحذق في التجارة
ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه حتى لا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح
لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض او البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه امين
فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه كالوديعة وغيره ولانا في استحقاق
الزيادة من الربح بعمله بشرط ان يكون عمله مثل شريكه او اكثر لما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة
من حيث انه يعمل بمال الغير ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود المال والعمل منهما فقلنا
جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة ولا يبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا بالشركة
يحققه ان كلا منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال نفسه وعمله في مال صاحبه باجرة
فيستحق المسمى فيه كالمضاربة قال رحمه الله وببعض المال اي تجوز
ببعض المال دون بعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه
فوجب القول بجوازه قال وبخلاف الجنس اي تجوز بخلاف الجنس ايضا
بان كان من جهة احدهما دراهم ومن جهة الاخر دنانير وقال زفر والشافعي
لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل
ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما ممتازا
عن نصيب الاخر ولا اشتراك مع الامتياز ولفظة الشركة تدل على الاختلاط على
ما بينا ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل واحد منهما بثمن في
ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد
كما يستحق بالمال ولهذا سمي العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد
حتى جاز شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان تلك لا اختصاص لها بالعقد
فاذا كانت مستندة الى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل
هذه المسألة مبنية على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض
وعندنا لا قال رحمه الله وعدم خلط اي تجوز هذه الشركة مع عدم الخلط
بين المالين على ما بينا انفا الخلاف فيه قال وطولب المشتري بالثمن فقط
اي طولب المشتري وحده بالثمن هنا ولا يطالب الاخر فيما اشتراه للشركة لان

العنان يتضمن الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصل في الحقوق فيرجع به عليه
بخلاف المفاوضة قال رحمه الله ورجع على شريكه بحصته منه اي من
الثمن لانه وكيل له وادى الثمن من ماله فيرجع به عليه بحسابه وان نقد من مال
مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبدا للشركة وهلك فعليه البينة
لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو ينكر فالقول قوله قال وتبطل بهلاك المالين
او احدهما قبل الشرا لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه حكم الابتدا ولان
النقود تتعين فيها كما في الهبة والوصية فكان معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما في هلاك
المبيع قبل القبض فاذا هلك هلك من مال صاحبه فهو امين فلا يضمن وان هلك
بعضه بعد الخلط بقي الباقي على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا ان
النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة والوكالة المفردة حيث لا يبطلان بهلاك النقود
التي ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت بعد القبض قبل الشرا تبطل المضاربة
والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال رحمه الله وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الاخر فالمشترى بينهما يعني على ما شرطا لان الشركة كانت قائمة
وقت الشرا فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتغير بهلاك مال الاخر ثم الشركة شركة
ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف الا في نصيبه
لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل
واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع وقع مشتركا بينهما شركة عقد فلا يبطل
بالهلاك بعد تقرره كما لو اشتريا بالمالين ثم هلك المالان قبل النقد قال رحمه الله
ورجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه في حصة شريكه وقد قضى الثمن
من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه هذا اذا هلك احد المالين
بعد شرا احدهما فلو هلك قبل الشرا ثم اشترى الاخر بماله ينظر فان كانا صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة
ان بطلت بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بحكم الوكالة
المفردة ورجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا
في عقد الشركة الوكالة فالمشترى يكون للمشتري خاصة لان دخوله في ملكه

بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فيبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا
صرحا بها لأنها صارت مقصودة وأطلق في بعض النسخ أنه يكون مشتركا بينهما وفي
بعضها أطلق أنه لا يكون مشتركا فالأول محمول على ما إذا نصا على الوكالة والثاني
على ما إذا لم ينصا عليها قال رحمه الله وتفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة
من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج إلا القدر
المسمى لأحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال رحمه الله ولكل من
شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع لأنه معتاد بين التجار ولأن له أن يستأجر
من يتجر فيه فبغير الأجر أولى لأنه دونه لعدم المؤنة فيه قال ويستأجر
أي ليتجر فيه أو ليحفظ المال لأنه معتاد بين التجار ولأنه قد يتعذر عليه مباشرة
الكل بنفسه فلا يجد بدا منه قال ويودع لأنه إقامة الحافظ في المال فإذا
كان له أن يستحفظ بأجر فبغير أجر أولى قال ويضارب لأنه بالدفع إلى
المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح أجيرا والشركة فيه
ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الأجر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه
الأشياء كلها على انفراد فكذا على اجتماع ولأنها استئجار ببعض الخارج من العمل
فإذا كان له أن يستأجر بشيء في الذمة فلأن يجوز هذا أولى وعن أبي حنيفة
أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأول أصح وهو رواية الأصل لأن الشركة فيه غير مقصودة
وإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما إذا استأجر ليتجر فيه بل أولى على ما بينا بخلاف
الشركة لأن الشيء لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فيتضمنها والدليل على أنها
دونها أن المضارب ليس عليه شيء من الوضيعة وأنه إذا فسدت لا يستحق شيئا
من الربح ولا يلزم على هذا المكاتب والمأذون له في التجارة حيث يجوز للمكاتب أن
يكاتب وللمأذون له أن يأذن وإن كانا مثلهما لأنا نقول أطلق لهما الاكتساب وهذا
من بابه ألا ترى أنه يجوز لهما البيع وهذا دونه إذ لا يخرج به الإذن من ملكه
أصلا وفي الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة ولأن المنع عن استتباع المثل
في حق الغير وأما في حق نفسه فلا يمنع والمكاتب أو المأذون له متصرف لنفسه بعد
فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك قال رحمه الله و

ويوكل

ويوكل لأنه متعارف بينهم وهو دون الشركة ولأنه لما كان له أن يستأجر من يحفظ
المال أو من يتجر فيه فأولى أن يوكل لأنه دون الاستئجار قال ويده في المال
أمانة لأنه قبضه بإذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة
والعارية قال رحمه الله ويتقبلان إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا
الأعمال ويكون الكسب بينهما أي شركة العقد تقبل أي شركة على حذف
المضاف وتسمى شركة الصنائع وشركة الأعمال وهذه الشركة جائزة عندنا
وقال الشافعي لا تجوز وهو إحدى الروايتين عن زفر لأن الشركة في الربح تنبني
على الشركة في رأس المال على أصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور التثمير بدون
الأصل ولنا أن المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل
فيجوز ألا ترى أنه لو وكله بتقبل الأعمال من غير أن يكون للعاقد فيه شركة يجوز
فكذا إذا كان له فيه شركة كالشراء وهذا لأن الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما
يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما
ذكرنا فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا إجارة
ولهذا لا يحتاج فيه إلى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة ولا يشترط فيه
اتحاد جنس العمل وإليه أشار في الكتاب بقوله أو خياط وصباغ وكذا لا يشترط
فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو إمكان
التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما قال رحمه الله وكل عمل يتقبله أحدهما
يلزمهما لأنه يتقبله لنفسه بالأصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما فيطالب كل
واحد منهما بالعمل ويطالبان بالأجر ويبرأ بعمل أحدهما ويبرأ المستعمل بدفع
الأجرة إلى أحدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان والقياس
أن لا يلزمه وأن لا يطالب غير المستعمل لأنه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت
مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن العمل هنا كالثمن في الشركة في المال
فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك إلا
قبل العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة
حكم العنان والمفاوضة في الضمان وهذا لأن الربح يستحق إما بالمال أو

بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل الاعلى هذا الوجه ٥

قال رحمه الله ولكسب احدهما بينهما يعني اذا عمل احدهما دون الاخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر واما الاخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز والقياس ان لا يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب ان لا يجوز كشركة الوجوه وجه الاستحسان ان العمل لا يتقوم الا بالعقد او شبهه العقد فللانسان ان يقوم عمله بما شاء فاذا قومها عمل احدهما بشيء وعمل الاخر بانقص منه او ازيد لا يمتنع لتمن الغبن فيكون ما ياخذه من الاجرة بدل عمله ابتداء لا ربحا لان الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم كل واحد منهما من الثمن متقوم ولذا المشتري متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا ٥

قال رحمه الله ووجوه ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا اي هذه شركة وجوه يعني شركة العقد بشركة وجوه وتفسيره ما سمي به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا ليدبرا امرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا او ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة فيهما والا فعنان وقال الشافعي لا يجوز هذا النوع من الشركة لان المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد امكن لان الشرا والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا في شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به قال ويتضمن الوكالة لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا يتضمنها جميع انواع شركة العقود وتتضمن الكفالة ايضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة لما بينا في اول الكتاب قال رحمه الله

فيما شرايطهما بيان

وان شرطا

وان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بالثلث فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض ربحه لا يستحق شيئا لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها اذ لا تعمل في مال معين وتعيين المال هو المجوز للمضاربة الا ترى ان المالك لما كان معينا في غير شركة الوجوه جاز ايضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء وكذا في اخذ كل مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن اخذه فلا يمكن ايقاع الملك فيه لغيره قال والكسب للعامل لما ذكرنا قال رحمه الله وعليه اجر ما للاخر لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه اجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية ليستقيا عليهما الماء فما استقى فهو له وجب عليه اجر مثل الة الاخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به المسمى واصله ان الاجارة اذا فسدت يجب اجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد اجر المثل على المسمى وان كان مجهولا كما اذا جعل دابة او ثوبا او استاجر دارا او حماما على ان العمارة على المستاجر يجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشيء وان كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لان النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه الا بشيء متقدر وعندهما لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به والتزم ما يقع هذا

الآجر صح

ولم يتم رضاه بشيء صح

بع

في المضاربة والمزارعة فيحمل ما له الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما فاذا كان المباح
فيما نحن فيه لمن اخذه يجب عليه الاخر اجر المثل على ما ذكرنا وان اخذاه معا يكون مشتركا
بينهما ثم ان علم ما اخذه كل واحد منهما بالكيل او الوزن في المكيل والموزون مثل الثمرة
ونحوها او بالقيمة في القيمي فلا كلام فيه وان لم يعلم فدعوى كل واحد منهما تصدق
الى النصف ولا تصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا في الكسب وفي كونه في ايديهما
فكان في يد كل واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة قال
والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تبع للمال
كالريع وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقا
بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع قال رحمه الله وتبطل الشركة بموت
احدهما ولو حكما اي ولو كان الموت حكما بان ارتد احدهما ولحق بدار الحرب وحكم
بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها وهذا لانها
تتضمن الوكالة ولا بد منها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى على ما مر والوكالة
تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه
او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد لعدم
الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ احدهما الشركة في حالة تكون
له الفسخ فيها بان كان المال دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لكونه عزلا
قصديا قال رحمه الله ولم يزك مال الاخر به اي لا يزكي كل واحد منهما نصيب
صاحبه لانه لم يؤذن له فيها لان الاذن بينهما وقع في التجارة والزكوة ليست منها
قال رحمه الله فان ادى كل اي ادى كل واحد منهما لصاحبه باداء الزكوة
عنه وادى متعاقبا ضمنا ولو متعاقبا ضمن الثاني اي لو اديا متعاقبا ضمن الثاني علم باداء
صاحبه او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا اشار في
باب الزكوة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه او لم يعلم وهو الصحيح عندهما
وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكوة او الكفارات اذا اتى به وليس في وسعه
ابتاعه زكوة او كفارة لتعلقه بنيته الامر وله انه اتى بغير المامور به لان المامور
به اسقاط العوض عنه ولم يسقط به الفرض اذا لم يلتزم الضرر لدفع الضرر

عن نفسه فصار مخالفا فيضمن علم او لم يعلم اذ هو صار معتزلا باداء الامر وهو حكمي
فلا يشترط فيه علمه بخلاف المامور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد
قضاء الامر لانه لم يخالف لان المامور به جعل المقبوض مضمونا على القابض وقد
وجد لان الديون تقضى بامثالها فامكنه الرجوع على القابض بعد الهلاك وبخلاف
دم الاحصار لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول فيتحلل بافعال
النسك ولذا له ان يتحلل بعد الذبح بل يتحلل باداء النسك وقد اتى به على الوجه
المامور به كيف ما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف ايضا فلا يرد اشكالا
قال رحمه الله وان اذن احد المتفاوضين بشراء امة ليطاها ففعل فهي له بلا
شيء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان
الملك وقع له خاصة حتى حل له وطيها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة
وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة
وله ان الجارية تدخل في ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يمكن تغييره ثم
الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطي لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشتريا
ثم قال احدهما للاخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لشخص ادّ عني الزكوة
فادى عنه كان تمليكا منه في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم
لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد
فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا فلا تستثنى
فتدخل في ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء
على المتفاوضين لما بينا في الطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف
بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف عقاره على كذا اي حبسه
عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب
قال رحمه الله هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
وهذا في الشرع وهو عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله تعالى قال والملك يزول بالقضاء لا الى مالك اي بقضاء القاضي

عليه بيان

لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يزول من غير
قضاء واصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند ابي حنيفة اصلاً وهو المذكور في
الاصل وقيل يجوز عنده الا انه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه اي وقت شاء
ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير انه
عند ابي يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه
اليه لهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما اصاب ارضاً من ارض خيبر فقال يا رسول
الله اصبت ارضاً بخيبر لم اصب مالاً قط هو انفس عندي منه فما تامرني قال ان شئت
حبست وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا تورث في الفقراء وذوي
القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف
ويطعم غير متمول رواه احمد والبخاري ومسلم وغيرهم وقال عليه السلام اذا مات
الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاثة اشياء صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح
يدعو له رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم ولان الصحابة والتابعين ومن بعدهم
الى يومنا هذا قد تعاملوه فكان اجماعاً ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف ليصل
ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع هذه الحاجة باسقاط الملك وجعله لله تعالى
كما في المسجد ويخرج عن ملكه كما يخرج المسجد فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف رحمه الله
يزول عن ملكه بمجرد القول لانه اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد لا يزول
حتى يسلمه الى المتولي لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولان
التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصداً لانه مالك الاشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم
الى العبد كما في الزكوة وغيرها من الصدقات المنفذة ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله
عليه السلام لا حبس عن فرائض الله وقال شريح جاء محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه
باق لان غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه وبدل
عليه قوله عليه السلام لعمر فيما رواه النسائي وابن ماجة احبس اصلها وسبل ثمرتها
اي احبسه على ملكك وتصدق بثمرها والا لكان مسبلاً جميعاً وهذا لانه لا يخرج
الملك الى مالك غير مشروع الا ترى ان الله نهانا عن السائبة وهي التي يسيبها
مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمه ولا ينتفع منها الا الفقراء والضيوف بخلاف

الاعتاق

الاعتاق والمسجد لانه يحوز عن حق العبد حتى لا يجوز له ان ينتفع به وهذا لا ينقطع
عنه حق العبد حتى كان وله التصرف فيه بتصرف غلاته الى مصارفه ونصب القيم
ولانه تصدق بالغلة او بالمنفعة المعدومة وهو جائز الا في الوصية وما رووه
لا يدل على لزومه ولهذا اراد عمر ان يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم
ثم كره ان ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي
ولو كان لازماً لما حل له ان ينقض الا اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم لانه فصل
مجتهد فيه كسائر المجتهدات وطريق الحكم فيه ان يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه
الواقف بحجة انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف
لزم بالاجماع لما ذكرنا هذا اذا حكم به المتولي واما المحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح
لان للقاضي ان ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته
بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم اذا خرج من
الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت
باقياً فيه حكماً فيتصدق عنه دائماً وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث
ويبقى الباقي الى ان يظهر له مال آخر ويجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم يجز
الورثة يقسم الورثة بينهما اثلاثاً ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو علقه بالموت
وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لان الوصية لا تختلف بين ان تكون
في الصحة او في المرض وان نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة المعلق بالموت
فيما ذكره الطحاوي والصحيح انه بمنزلة المنجز في الصحة عند ابي حنيفة
فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه الا
من الثلث بخلاف ما اذا وقف في الصحة قال رحمه الله ولا يتم حتى
يقبض المتولي وفيه خلاف ابي يوسف وقد ذكرناه قال ويفرز
اي لا يجوز حتى يفرز بحيز به من المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند ابي يوسف يجوز لان
القسمة من تتمة القبض واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك
لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق
واما عند محمد لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان اصل القبض عنده

أنه صح

الغلة صح

شرط فلذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه
فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع
مطلقا بالإجماع لأن بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح
ما يكون بأن يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ
اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فإنه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة
الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله أيضا عند أبي يوسف ولو استحق
بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لأنه يتبين أن الوقف كان شائعا فيعود
الكل إليه أو إلى ورثته بخلاف ما إذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث
ورجعت الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة لذلك حيث لا يبطل الوقف
ولا الهبة لأن الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وإنما طرأ بعده
فلا يضر ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء
بدون ذلك الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان أرضا بينهما
معا أو متعاقبا جاز إذا سلماه معا وإن اختلفت الجهة لأن وقت القبض هو المعتبر ولا
شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدي
قال رحمه الله ويجعل آخره لجهة لا تنقطع أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره
لجهة لا تنقطع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إذا سمى فيه جهة تنقطع
جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم لهما أن حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك
وأنه بالتأبيد كالعتق ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف
أن المقصود منه هو التقرب إلى الله تعالى به وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل
بجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء وهذا يدل على أن التأبيد شرط عنده أيضا
إلا أنه لا يشترط ذكره لأن مطلقه ينصرف إليه ومحمد يقول لا ينصرف إليه إلا بالتصريح
بذكره لأن المطلق يحتمل التوقيت وفي المحيط لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة
أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل إلا عند يوسف
بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة فإن ذكر التأبيد عنده شرط
لصحة الوقف والصحيح أنه ليس بشرط وذكر لفظ الصدقة ونحوها في هذه

الصورة

الصورة يدل على أنه أراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع آخر لو قال أرضي هذه
موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له ما دام حيا وبعده
للفقراء لأنه لما نص على الصدقة وهي لا تكون إلا للفقراء انصرف إليهم وذكر
فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيا وجعل الخلاف المذكور بينهم فيما إذا
لم يذكر لفظ الصدقة بأن قال هذه موقوفة على فلان أو ولدي أو قرابتي ونحو
ذلك وأما إذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وأبو يوسف كان ضيق في أمر
الوقف غاية التضييق أولا مثل أبي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى
لم يشترط القبض والإفراز ومحمد توسط بينهما ولهذا أفتى به عامتهم قال
رحمه الله وصح وقف العقار ببقره وأكرته والقياس أن لا يجوز لأن التأبيد
من شرطه وجه الاستحسان أنها تبع للأرض وعلى هذا سائر آلات الحراثة
قال ومشاع قضي بجوازه أي بجواز الوقف فيه لأن قضاء القاضي يقطع الخلاف
في المجتهدات على ما بيناه وإن لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز وقد
بيناه من قبل قال رحمه الله ومنقول فيه تعامل كالكراع والحب
والسلاح والفاس والمر والقدور والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف
وغير ذلك مما تعورف وقفها وعن أبي يوسف لا يجوز إلا في الكراع والسلاح
والقياس أن لا يجوز في المنقول أصلا إلا أن أبا يوسف ترك ذلك بالنص وهو
ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال من احتبس فرسا
في سبيل الله إيمانا واحتسابا فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات
رواه أحمد والبخاري وقد صح أنه عليه السلام قال في حق خالد قد حبس أدراعه
وأعتاده في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد رحمه الله ترك بالتعامل
لأن القياس يترك كما في الاستصناع وفي الأشياء التي عددناها جرى التعامل
وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصحف من حيث أنها تمسك للدين
تعليما وتعلما وأكثر فقهاء الأمصار أخذوا بقول محمد والشافعي جوز وقف كل ما
يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الأصل
عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح

فبقي ما وراه على اصل القياس الا ما جرى التعامل به فصار كالدراهم والدنانير ويجوز ٥
الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله ويدخل في وقف
الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزروع والثمار قال رحمه الله
ولا يملك الوقف ولا يقسم وان وقف على اولاده لانه لا حق للموقوف عليهم الا في العين وانما
حقهم في الغلة ولان المقصود من الوقف ان يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة
والتملك والقسمة ينافيان ذلك فلا يجوز قال رحمه الله ويبدأ من
غلته بعمارته بلا شرط لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة ٥
فيثبت اقتضاء من غير شرط قال ولو دارا فعمارته على من له السكنى اي لو وقف
دارا على سكنى بعينه فان العمارة عليه لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة
العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة قال ولو ابى او عجز عمر الحاكم
باجرتها لان فيه ابقاء الوقف على ما قصده الواقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى
رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله فصار كصاحب البذر في
المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف
ماله الى العمارة فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه بالشك ولا تصح اجارة من له السكنى لانه
غير مالك ولا ما لك بل كان الحاكم يوجرها له او لغيره فيعمرها باجرتها بقدر ما تبقى على الصفة
التي وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لانها بصفتها صارت مستحقة
له فترد الى ما كانت وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك في رواية حتى لا يزيد على ما كانت
وفي رواية يجوز والاول اصح قال رحمه الله ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج
والا حفظه للاحتياج اي الى الاحتياج لانه لا بد من العمارة والا فلا يبقى فلا يحصل صرف
الغلة الى المصروف على التابيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال ان احتاج اليه والا
يمسكه حتى يحتاج اليه كيلا يتعذر عليه اوان الحاجة قال ولا يقسمه بين مستحقي
الوقف اي لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق في العين ولا في جزء منه وانما حقهم
في المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة
لان البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف المبدل قال رحمه الله وان جعل
الواقف غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لابي يوسف

ما روى

ما روي انه عليه السلام كان ياكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل
ذلك على جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما
عرف من اصلهما فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد شرط ما صار
لله تعالى لنفسه وهو جائز لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه فصار نظير ما
اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه
او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال
عليه السلام نفقة المرء على نفسه صدقة وجه قول محمد ان التقرب بازالة
الملك واشتراط الغلة او بعضها لنفسه يمنع ذلك فصار باطلا كالصدقة المنفذة ٥
وقال الفقيه ابو جعفر ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة والا شيء ذكره
في الوقف فقال اذا وقف على امهات اولاده جاز فقال هو الوقف على
امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد حال حياة
المولى يكون للمولى وقيل انه في الصحيح على الخلاف ذكره في الهداية
وهو ظاهر وقيل يجوز لهن بالاتفاق لانهن يعتقن بموته فيصرن
اجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه للاجنبي ثم في حال حياته
يجوز ايضا كما بعد مماته وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف ان يستبدل
به ارضا اخرى اذا شاء ويكون وقفا مكانها او شرط الواقف الخيار
لنفسه ثلاثة ايام وهو مبني على ما ذكرنا من ان التقرب بازالة الملك
واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا اشترط ان
يكون الثمن له او يتصدق به حيث لا يجوز الوقف ولذا اذا شرط الخيار
وهو مجهول في رواية وفي رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط واما الثاني
وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالاجماع لان شرط الواقف
معتبر فيراعى كالنصوص غير ان عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لان
التسليم شرط عنده وان لم يشترطها لاحد فالولاية له عند ابي يوسف
ومحمد لا يكون له الولاية لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر
من يده فصار اجنبيا عنه ولابي يوسف ان المتولي انما يستفيد

إلى صح

ابي

الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد منه
ولانه اقرب الناس اليه فيكون اولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب
القيم فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه وذكر هلال في وقفه
فقال قال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لا يكون له
ولاية يعني بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون
هذا قول محمد وقد بيناه ولا يقال كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده على
ما بينا لانا نقول هذا لا ينافي التسليم لانه يمكن ان يسلمه اليه ثم ياخذه منه وذكر
في النهاية انه يحتمل ان يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه
يراعى قال رحمه الله وينزع لو خائنا كالوصي وان شرط ان لا ينزع
معناه ان الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مامون على الوقف
فللقاضي ان ينزعها منه ولو شرط الواقف ان ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه
لان شرطه مخالف لحكم الشرع فيبطل ونظيره الوصي اذا كان غير مامون
ينزع منه على ما بينا والله اعلم بالصواب فصل قال رحمه الله
ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن
بالصلوات فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمهما الله اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به لانه ما دام حق العبد
متعلقا به لا يخلص لله تعالى واما الصلوات فيه فلانه يشترط التسليم عند
ابي حنيفة ومحمد فاذا تعذر يقام تحقق المقصود مقامه او يشترط فيه التسليم
لنوعه وذلك في المسجد بالصلوات فيه ولا يشترط فيه قضاء القاضي ولا التعليق
بالموت عند ابي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان المقصود من
الوقف التصدق بالغلة وحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق
بالمعدوم لا يجوز الا في الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به او حكم
الحاكم في موضع الاجتهاد وكذا سقط التسليم الى القيم عند محمد لما ذكرنا ولا يجوز
في المشاع عند ابي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل ثم
يكتفي بصلاة الواحد في رواية عن ابي حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر

فيشترط ادناه وعنهما انه يشترط الصلاة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان
كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى
فيه باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة الا ترى
ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده ان يصلي بالجماعة في
ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلوات فيها بالجماعة
فلا تصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى متولي نصبه ليقوم
بمصالحه فالاصح انه يجوز لان المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال
ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط
لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد
بيناه من قبل وان صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث
وليس له الرجوع فيه لانه صار لله تعالى وان المساجد لله ولا رجوع فيما صار لله تعالى
كالصدقة قال رحمه الله ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت
وجعل بابه الى الطريق او عزله او اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول
فله بيعه ويورث عنه لانه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون الا خالصا
لله تعالى لما تلونا ومع بقاء حق العبد في اسفله او في اعلاه او في جوانبه محيطا به لا
يتحقق الخلوص كله اما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو حقا في السفل
حتى لا يكون لصاحب السفل ان يحدث فيه شيئا من غير رضا صاحب العلو واما
اذا جعل العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل وليس له من التصرفات
من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان الذي
فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله يقول بانه صار
مسجدا واما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلان ملكه محيطا بجوانبه فكان له حق
المنع من الدخول والمسجد من شرطه ان لا يكون فيه لاحد حق المنع قال الله تعالى
ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه حتى ابقى الطريق
لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه جاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل اصل

وهو يتأبد ولم يجز عكسه وعن محمد رحمه الله عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم
اذا كان فوقه مستغل او مسكن بخلاف العكس وعن ابي يوسف انه اجاز الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروي عن محمد مثله حين قدم الري وعن
ابي يوسف ومحمد انه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه
الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق دخل فيه الطريق
ضرورة كما تدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق
والانتفاع هو المقصود فيها ولو اتخذ ارضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا
بيعه ولا يورث عنه لتحرزه لله تعالى بخلاف الوقف عند ابي حنيفة
حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق ما بيناه ولو خرب ما حول المسجد
واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط للملك فلا يعود الى
ملكه كالاعتاق الا ترى ان المسجد الحرام استغني عنه اهله في زمن الفترة
ولم يعد الى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود الى ملكه او الى ورثته
بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا خرج يخرج الى مالكه
وعلى هذا حصر المسجد وحشيشه اذا استغني عنهما يرجع الى مالكه عند
محمد وعند ابي يوسف ينقل الى مسجد اخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبير
اذا لم ينتفع بهما قال رحمه الله ومن بنى سقاية او خانا او رباطا او مقبرة
لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي
يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية
وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فحل واحد منهم بني على
اصله من اشتراط حكم الحاكم او التسليم او مجرد القول على ما بينا من قبل
ولو سلم الى المتولي صح التسليم على قول من يرى انه شرط ولو جعل ارضه
طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الاشياء
بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية
والدفن في المقبرة بخلاف الغلة حيث لا تجوز الا للفقراء لان الغني يستغني
بماله عن الصدقة ولا يستغني عما ذكرنا عادة وهي الفارقة لانه لا يمكنه

ان يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليها كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها
بماله وعلى هذا الوقف حتى لو اوصى ان يصرف غلتها الى الحاج او القراء او طلبة العلم لا يصرف الى الغني
منهم ذكره في المحيط في باب تسليم الوقف وعلى هذا لو جعل داره مسكنا لابناء السبيل في اي
بلد كان يستوي فيه الغني والفقير لما ذكرنا من العرف وروي في الخبر عن عثمان ان النبي صلى الله
عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ما يستعذب غير بير رومة فقال من يشتري بير رومة فيجعل
فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة واشتريتها من صلب مالي رواه النسائي
والترمذي وقال حديث حسن فاذا جاز للواقف ان يشرب منه فما ظنك بغيره من الاغنياء
قال رحمه الله وان جعل شيء من الطريق مسجدا صح لعكسه معناه اذا بنى قوم
مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيئا من الطريق في المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب
الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه ارض لرجل يوخذ ارضه بالقيمة
كرها لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام اخذوا ارضين بكره
من اصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام وقوله لعكسه اي جاز عكسه وهو ما اذا
جعل في المسجد ممر لتعارف اهل الامصار في الجوامع وجاز لكل احد ان يمر فيه حتى الكافر
الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب والله
اعلم بالصواب ۝ كتاب البيع وهو من الاضداد يقال باع
اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة
اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع
قال الفرزدق ان الشباب لرابح من باعه ۝ والشيب ليس لبائعه تجاره ۝
ويقع في الغالب عن اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله هو مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي
ولكونه مقيدا به يثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت
جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله
البيع وحرم الربو واما السنة فما روي انه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون
فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك
قال رحمه الله ويلزم بايجاب وقبول وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما

لقيمة

عون

مالم
بيان

خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذا في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كتسميتهم باسماء الفاعلين مثل المتحاذيين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغني الله كلا من سعته لانه اذا اطلقها على ما لا يحصل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى بكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يبيع ويبادر بخطوات خشية التراد ما ويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفته عليه لا لان مذهبه لذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه من غير قيد به واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمي العصير خمرا واسمعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت

واشتريت

واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادائهما وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على ان البيع يتعدد بتكرار لفظ بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن ولذا ليس له ان يفرق في القبض عند اتحاد العقد بايفاء ثمن البعض او ابرائه او تاجيله قال رحمه الله وبتعاط اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكتفي بتسليم المبيع قال رحمه الله واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والفكر والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال رحمه الله ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا قال رحمه الله لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربو وبخلاف راس مال السلم

جب

ي

حيث لا يجوز اذا كان من المتقدرات الان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجي بيانه في موضعه قال رحمه الله وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع ومن غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال رحمه الله ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا اي يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لاسيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال رحمه الله وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء في المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان ترتفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي جاز لان ما به كل واحد سواء غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فاعطى من ايها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية قال رحمه الله ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم على ما بينا في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال رحمه الله وباناء او حجر لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة ولبيع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق

بعينه صح

والثلاثي صح

بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتلبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والحرف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة لا يجوز الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف ولذا اذا كان الحجر يتفتت ولذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة وكان المستحق هو المشار اليه قال رحمه الله ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة الى المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان ياخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها وه فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه المتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك متقارن لان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد ولذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما اذا اشترى ما لم يره فراه وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال رحمه الله ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لهما ان يكيلاه وكما

معه نقد صح

كما يطلب

ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد منتفع به فينصرف اليه غير ان افراد الشاة متفاوتة
فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا
يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت ∴ قال
ولو سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في
فصل الصبرة وفي فصل الشاة ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد
في المجلس لما ذكرنا وهو يتاتى على قوله وعلى قولهما لا يتاتى لجوازه بدونه قال
ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبايع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها
بان قال بعتها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود
بحصته الى اخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم
قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها
بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زايدة فالزايد للبايع
لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف
قال رحمه الله ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري
ولا خيار للبايع معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا
ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء ترك الى اخر ما ذكر لان الذراع وصف
للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها
بخلاف الاول غير انه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب
فيه مشروط في العقد وان وجده زايدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا
يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبايع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس
وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على انه وصف
انه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل
ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبايع كما في المكيل
والموزون قال رحمه الله ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ بحصته او
ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على
انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء

اخذه

اخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زايدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان
الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى
لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته
ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه
كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة في
الثمن فكان فيه نفع تشوبه ضرر فيخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزايد
لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء
وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن
على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام لدخول الفاضل في المبيع ولو سمى لكل
ذراع ثمنا قال رحمه الله وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع
عشرة اسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل
من مائة سهم ونحوه فسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال
عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشره او ثلث
ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اجابه في الاختصار ادى اليه وقوله وفسد بيع
عشرة اذرع من دار هو قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا
يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من
كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف فلا يفضي
الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه
ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة
ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع
بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب
هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم
من مائة سهم لانه شايع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده
اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شياه
من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا

والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال رحمه الله وان اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان فيتنازعان في المردود ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيودي الى النزاع قال رحمه الله ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا بقي الجهالة في المردود فيودي الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما او باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما هروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جايز فكذا هذا بنا على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد لفظة البيع والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما بجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الاخر وهو شرط فاسد حققه ان الشيين الموصوفين بوصف اذا كان دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان شرطا فاسدا في الاخر فبالنظر الى وجود ذلك الشي كان شرطا وبالنظر الى انعدام ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا على انه

عشرة

عشرة اذرع كل ذراع بدرهم ياخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف ياخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ياخذه في الاول باحدى عشر وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة الا نصفا ويتخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخير حتى لا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شي من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف لا توجب سقوط شي من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زايدا وانتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدراهم فعند عدمها عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضره القطع او يتفاوت جوانبه كالعمايم والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطاين ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض فصل

قال رحمه الله يدخل البنا والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي العرف بنا ولا البنا تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير

قيل لا يدخلان لان غير المثمرة يقلع للحطب والخشب ليبني عليها والصغيرة تنقل عن مكانها فصارت كالزرع وقيل يدخلان فيه لانهما ليست لهما حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الاخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفاتيح لانه في القياس لا يدخل اصلا الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي على اصل القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار يدخل في البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبنا يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسلم يريد السلم هكذا ذكر في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان تكون ثيابا ما ترتفعه اللبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثياب البدلة والمهنة ثم البايع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البايع بشي ولذا اذا وجد بها اي بالثياب عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال رحمه الله ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لانهما متصلان بهما للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على

نصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال للبايع اقطعهما وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع لذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بيناه في الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما يترك فيها لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشرا لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر وللزرع قيمة او لم يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح فلذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق وكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيهما وهما منهما وليسا من حقوقها فتعاكسا قال رحمه الله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا صح لانه مال متقوم منتفع به في الحال او في المال وقيل لا يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المال فصار كالاطفال والجحش

قال رحمه الله ويقطعها المشتري تفريغا لملك البايع هذا اذا اشتراها مطلقا او
بشرط القطع قال رحمه الله وان شرط تركها على النخل فسد اي البيع لانه شرط لا
يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان
كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولهذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا
اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد
استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البايع طاب الفضل
وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما
تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال بان الشمس تنضجه وياخذ
اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استاجر
النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف
والحاجة فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض
الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما اذا زاد على الثمن وعلى ما
غرم من اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا
فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض
يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في
الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع
الاصول بعد قضاء حاجته من البايع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار
الموجود والمعدوم فانه جايز عند بعضهم اذا كان الموجود اكثر فحاصله ان هذه
المسالة ثلاثة صور احدها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمها
مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج
بعضها دون البعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز ان كان الخارج
اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان
شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس

الائمة السـ

الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق
الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود
ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن
ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى
تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن
بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال رحمه الله ولو استثنى منها
ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة
المجذوذة او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره
اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب
القول بجوازه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد
الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفايدة او يكون رجوعا
عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا
معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان
المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا
من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جايز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه
لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولان كلما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز
استثناؤه من العقد وما لا يجوز فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جايز فكذا
استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها ولو
كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا
اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا الاستثناء
تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مقيدا ولا يكون رجوعا
ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا
فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلان وفلان حتى اخرج الكل بهذا الطريق
صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدي احرار
الا عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو

ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هذا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه
الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه مال
متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود
مستور غايب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن
في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة
الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا اللبن
ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وساير
الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى
تزهوا وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز
السلم فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده
عن النبي عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه فيكون حجة لنا
في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو اجري على اطلاقه كان
حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير
قيد بالفرك ولو كان حجة لقال حتى يفرك قال رحمه الله واجرة الكيل على
البايع مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البايع
لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة
من تمام التسليم وتسليم المبيع على البايع فكذا تمامه قال رحمه الله واجرة نقد الثمن
ووزنه على المشتري وكذا ما يكون من تمامه ولذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البايع
تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة
عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البايع لان النقد يكون
بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه
وبالاول كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله وروي عن محمد ان اجرة النقد على رب
الدين بعد القبض وقبله على المديون ايضا لحاجته فيكون اجرة التمييز عليه وبعد
القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه
قال ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد

يقتضي المساواه وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق
البايع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصوره هذا ان
يقال للبايع احضر المبيع ليعلم انه قايم ~~فاذا احضر قبل المبيع ليعلم انه قايم~~ فاذا احضر
قبل المبيع للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا وان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من
تسليم الثمن حتى يحضر البايع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال والا معا
اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوايهما في التعيين او في عدم التعيين
وذلك لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين
والله اعلم بالصواب

باب خيار الشرط

قال رحمه الله
صح للمتبايعين او لاحدهما ثلاثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما
ثلاثة ايام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن
في البياعات اذا بعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال ولو اكثر لا
اي لو شرطا اكثر من ثلاثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر والشافعي
وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز
الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي ليدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى
الاكثر فشابه التاجيل في الثمن ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شرط الخيار يخالف
لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص
فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة
على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي
انه اجاز الخيار الى شهر فيحتمل ان يكون خيار الروية او العيب فاذا انتفت
الزيادة نفذ العقد بها قال فاذا اجاز في الثلاث جاز خلافا لزفر
هو يقول العقد فاسد فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود وله ان المفسد
قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس
وهذا عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع
الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة
فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان

الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ اهل خراسان فعندهم العقد موقوف
على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع يفسد العقد فلا ينقلب صحيحاً بخلاف فساد
النكاح لعدم الاشهاد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه قال
رحمه الله ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى اربعة لا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر وقال زفر لا يجوز هذا
الشرط اصلاً وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط
فيه الصحيحة منها افسد فهذا اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو
عينه لانه يتخير في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير انه ترك النقد جعل امارة الفسخ
والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط يحتاج اليه لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع
الغبن غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب
اختلافاً في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما
يقع به الفسخ والاجازة في نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند
ارادة الاجازة فلا يعد اختلافاً ثم ابو حنيفة ومحمد مرا على اصلهما في الزيادة على الثلاثة
في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في
شرط الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في تلك قال رحمه الله فان نقد في الثلاث
صح يعني فيما اذا شرطا اكثر من ثلاثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه
المسئلة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتاً مجهولاً بان يقول على انه ان لم
ينقده اياماً او بينا معلوماً وهو اكثر من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد
الا ان ينقد في الثلاث لما قلنا او بينا وقتاً معلوماً وهو ثلاثة ايام او دونه فانه
يجوز لما بينا قال رحمه الله وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام
البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البايع ويملك التصرف
فيه دون المشتري وان قبضه باذن البايع قال رحمه الله وبقبض المشتري
يهلك بالقيمة يعني اذا قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته
لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضاً في
يده على سوم الشرا وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شي على

البايع كما في البيع الصحيح ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبايع ان يلزمه البيع ان
شا وان شا انفسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد
كان مضموناً على المشتري بالقبض بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البايع
فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً ولكن المشتري يتخير ان
شا اخذه بجميع الثمن وان شا فسخ كما في البيع المطلق وان كان العيب بفعل البايع
ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه وتسقط حصته
من الثمن قال وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروجه عن ملك البايع
ولا يملكه المشتري لان البيع من جهة البايع لازم لان الخيار شرع نظراً لمن له
الخيار فيعمل في حقه دون الاخر وانما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه
لو خرج عن ملك البايع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زايلاً لا الى مالك ولا
عهد لنا به في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من
له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض
والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع نظراً له ليتروى فيه هل هو
موافق ام لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه
فيعود على موضوعه بالنقض وجاز ان يوجد خروج مال بلا دخول في ملك
غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك احد عند
الشرا للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل
في ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سايبة وهي منهي عنها لانا نقول الحال
موقوف ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد فتبين انه ملكه من ذلك
الوقت ولهذا كان له الزوايد وان فسخ بان انه غير زايل عن ملكه فكيف يكون
من السايبة مع وجود الانتقال ومع توقع حكمه قال رحمه الله
وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن
اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض
فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه لان دخول العيب فيه

عند المشتري يمنع الرد الى البايع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعري عن مقدمة
عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لانه
بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد لعجزه عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان
اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا
للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال رحمه الله فلو اشترى زوجته
بالخيار بقي النكاح لانه لم يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما
بينا قال فان وطيها فله ان يردها لان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها
عنده الا اذا انقصها الوطي لانها تتعيب به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت
عنده على ما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يردها مطلقا لان
النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته
فوطيها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق العبد المشتري
على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا
فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشي في تلك الحالة في حق تصحيح
الجزا لا غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شرا القريب على ما عرف في
موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزا به
عن الاستبرا لعدم الملك وعندهما يجتزي به لوجوده ولو رجعت الى البايع بالفسخ
بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبرا لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب
اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبرا
استحسانا كما لو كان البيع تاما ثم تفاسخا بالاقالة او غيره فانه يجب عليه الاستبرا
بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب
اجماعا ومنها اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه او حبلى منه لا تصير ام ولد خلافا
لهما وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البايع وان
قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة
ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت

التعيب بيان

عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع
ثم اودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البايع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم
الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك
وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض له فصار كما اذا كان له خيار الروية او العيب
والفرق انما الانعقاد ووقوع الملك للمشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف شرط الخيار ومنها ما
لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا له في التجارة فابراه البايع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره
عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التمليك والماذون يملك الرد وان كان التمليك
بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملك
كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار
روية او عيب في البيع البات فابراه البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض
بالاجماع وجوابه انما لا ينعقد الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك الابرا
عن الثمن عند ابي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو
القياس ووجه الاستحسان انه ابرا بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي
من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها
فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو
مسلم ولو اسلم البايع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت
الى ملك البايع لان العقد من جانب البايع بات فان اجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبايع
والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع
لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد
والبايع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم
من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد
القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع
باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك
التصرف فلا يملكها بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا
لم يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها ما لو اسلم المشتري

من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم
ومنها اذا اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم احرم والصيد في يده ينتقض
البيع ويرده الى البائع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعا
وان كان الخيار للمشتري فاحرم البائع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا
هو ساكنها باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده ه
وعندهما اختيار لانه ملك العين وكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي
رحمه الله السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال رحمه الله و
فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا
له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او بيعه
او وطيه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط
رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من
العمل بموجب الفسخ من غير علمه كالامتناع من التصرف والوطي والاستخدام بل
يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة ولذا لا
يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل
وحجر العبد الماذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف
بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ
بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر
العبد الماذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وكجنونه
مطبقا ولا نسلم انه مسلط على الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه
لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم
الموكل لانه مسلط من جهته ولذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه
في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزوم الحيلة فيه ان ياخذ منه
وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رد عليه وقال بعضهم انه لما رفع الامر الى الحاكم
واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية

على هذا

على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضا او الرضا
قال رحمه الله وتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة يعني تم العقد
بواحد من هذه الجملة اما الموت وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة
عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار
العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كخيار اوصافه وانما قلنا انه
صفة له لانه ليس هو الا مشيئته وارادته فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان
المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا انه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات
الجزء والسليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له
الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين
ثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع
وتم واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له
الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة
بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع واما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه
فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير
والكتابة ولذا كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة يتم به
البيع ولذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري
ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشيا في
المدة انفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع
كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء
واما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى
بجنبها فياخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان
دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان
اخذه بها دليلا على الاستبقاء فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها
من وقت الشراء فيظهر ان الجوار كان ثابتا ولانه احق الناس بالتصرف فيها فكان
اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة وهذا التقدير

يحتاج اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى
هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره
يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت
دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة **قال رحمه الله** ولو
شرط الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار
او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من
مواجب العقد ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا
لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا ان اشتراط الخيار لغير
العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن
اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا
عنه فيكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما يملك
التصرف اصالة او نيابة **قال رحمه الله** فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالاسبق احق
لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعد يلغو الا ان السابق ان
كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه
لا ينفرد احد المتعاقدين بفسخه **قال رحمه الله** وان كانا معا فالفسخ اي لو فسخ
احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة من
ايهما كان وهي رواية كتاب الماذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف
المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النائب يستفيد الولاية
منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا
له منه بالفعل حكما وهو يملك ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان
تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو
بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها
طلاق احدهما غير عين ولا يقدم تصرف الموكل على الوكيل في باب الطلاق لانه
سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه
لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الموجود من الوكيل

بلغ

في البيع

في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان المعارضة من جهة المتصرف
متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف ويتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال
التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة
والامة اذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا
يقال المجاز يلحقه الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع
في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار
للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا
لان كلامنا في اجازة يرد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في الماذون
قول ابي يوسف لانه لا يقدم تصرف المالك بل يعتبر بان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد
لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من
شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند
ابي يوسف يستويان فيكون بين المشترين نصفين لاستواء التصرفين في عدم تقديم التصرف
بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما **قال رحمه الله**
ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان فصل
ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد
مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوما
وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للعقد ولن يكونا معلومين الا با
لتنفصيل
والتعيين وهذه المسالة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه
الخيار والثاني ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن دون الاخر والرابع
بالعكس فالعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في
الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما ان يكون المستثنى داخلا في العقد
او لا فان جعلته داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان
كل جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير داخل فيه
وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطا
لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة فانه

لايجوز وان بينهما قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فان كان داخلا من وجه دون
وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف
بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة
وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن
فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى
هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه
جاز فصل الثمن اولم يفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان
يكون الخيار للبايع او للمشتري قال رحمه الله وصح خيار التعيين فيما دون الاربعه
وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين على انه ياخذ ايهما شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة
وهذا استحسان وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع
وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق ه
والاوفق والحاجه الى هذا النوع من البيع متحققه لانه يحتاج الى اختيار من يثق
برايه او اختيار من يشتري به لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالشراء فكان
يبقى امانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعه
لتعيين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير ان هذه الحاجه تندفع بالثلاثة لوجود الجيد
والوسط والردي فيها فلا حاجه الى الاربعه وثبوت الرخصة للحاجة وكون
الجهالة غير مفضيه الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في
هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير ه
قال شمس الايمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير
فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى
قول هذا القايل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما
وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي
خان وضع محمد رحمه الله هذه المسله هاهنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا بين مده
الخيار فقال ياخذ ايهما شاء بعشره دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام ووضعه كذا في
الماذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان ياخذ ايهما شاء ولم يذكر الزياده

واذا لم يذ

واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فما دونها عند ابي حنيفة
وبمدة معلومة ايما كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يابى جواز هذا العقد
وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار
الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان
له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا وبقي له خيار التعيين
فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط وبقي خيار التعيين للوارث
فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط
فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد
عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ولا
يلزم تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فايدة لشرط ذلك والذي يغلب على الظن
ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبايع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي
في مختصره انه يجوز استحسانا واليه اشار في الماذون ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه
للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة
خالفا للقياس ولا حاجة اليه للبايع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل
تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا
بطريق الوثيقة فكان امانه في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف اذا طلق احدى
امراتيه او اعتق احدى عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه
حين اشرف على الهلاك لم تخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع
عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية
وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته
فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير انه في البيع
حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق
لذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه لا يعجز عنه فيبقى مخيرا الى
الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان

فتعين صح

بعده الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف
ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا وامانة
ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا ولذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول
يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره
على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع وكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن
ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط
قال رحمه الله ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى
اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة
وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما
اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه
فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل مقصوده وباعتبه بوصر وله ان المشروط
خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد ثبت
لهما على وجه لا يتضرر به البايع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبايع اذ المبيع خرج عن
ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان
لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما
الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه بوصر قلنا هذا الضرر
يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن اتخاذ شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على
الرد والبايع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البايع اولى ولا يقال البايع
رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا
يدل على الرضا به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا
ليس له ان يردها على البايع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه

العيب صح

ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البايع قبل القبض والعيب الحادث
لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد
البايع قال رحمه الله ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه

بخيار التعيين صح

اخذه بالثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم

فوانه يوجب التخيير لانه لم يرض بدونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا وكذا
رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا
يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب او لبون لم يفسد
لانه وصف ولو قال الخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على
الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق
عليه الاسم فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البايع عند الرد كان
يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان
الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه من غيره بشرط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في
يد البايع قبل التسليم رد عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد
فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة
او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذه
بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد
ولهذا لا ينعقد به العقد ولو اختلف لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد ان شاء الله
تعالى والله اعلم بالصواب

باب خيار الرؤية

قال رحمه الله شراء ما لم يره جائز وله ان يرده اذا راه وان رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان
البيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما لو لم يشر اليه ولا الى مكانه او هو معقود

دم

لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان عند
المتبايعين مراي المشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا
راه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه فصار كجهالة الوصف
في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه
بدليل نصه الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة
ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال
عليه السلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا
يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز وان باع عينا غايبة وكان المشتري
راها جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار

اذا راه وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله
لان الرضى بالشي قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرويه بخلاف
فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار والله
اعلم قال رحمه الله ولا خيار لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفه يقول اولا له
الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الرؤية فلذا رضا
الاخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع بالرؤية صح وذلك
ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار
العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا ولنا
للمرجوع عليه ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصره من طلحة بن عبيد الله
فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد
غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان
خيار الرويه معلق برؤية المشتري بما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرويه
انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيرا مما راى فيرده لفوات الوصف المرغوب
فيه ولو رده البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو
باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار قال رحمه الله
ويبطل بما يبطل خيار الشرط من التصرف والدلاله ومراده بعد الرويه واما قبله
فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين
وقال بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان
لم يوجد منه الاجازه صريحا ولا دلاله لان سبب ثبوت هذا الخيار جهاله
اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهاله تزول
بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان
ينبغي ان لا يملك فسخه بعد الرويه متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ
لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضروره تزول بقدر ما يتمكن من
الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقوف بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره

ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم ولذا ذكره
محمد في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبره في المنصوص عليه
لعين النص لا للمعنى مع ان جهاله الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل
انه لم يثبت الخيار قبل الرويه لتعلقه بالرويه فكذا لا يتوقت لاطلاقه عن الوقت
والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو التصرف ج
به او التعيب او تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير
كالبيع المطلق والرهن والاجاره لوجود الرضا به صريحا او دلالة وكذا لو كانت
هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا
يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبه من غير تسليم لا يبطله
قبل الرويه لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا
بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه
مؤكد لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو
كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى
ارضا فاذن للاكار ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله
قال رحمه الله وكفت رويه وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها
وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار لان رويه ما يستدل به على المقصود
يكفي لتعذر رويه الجميع ورويه هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم
بالمقصود فلا معنى لاشتراط رويه غيرها ولو دخل في المبيع اشيا فان كان
لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية
بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي
الا اذا كان الباقي اردا فيكون له الخيار فيه وفيما راى كيلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كان احاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج
كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من افراده لانه برؤية
بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره
الكرخي لتفاوت احاده فلا يستدل برويه بعضه على غيره من جنسه

وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متفاوتة فاذا ثبت هذا
نقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر
الثوب مطويا مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف
باختلافه وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشر كله لانه ليس من ذوات
الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قل ما يتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال
بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته
وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية
القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كاف كالآدمي وفي شاة اللحم لا بد من معرفة
عرضها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف الغازي لا بد من
سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه
وجعل في المختصر رؤية خارج الدار كرؤية داخلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة
الروايات اذا رأى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من
رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية
ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها
مقصود فالنظر الى الخارج والى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب
مبني على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم يختلف
الا في الكبر والصغر وفي كونها جديدة او عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فافتوا
به لذلك واما اليوم فبخلافه فلا يكتفي به ورؤية اشجار البستان يكتفي بها لوقوع
العلم بها ولو رأى دهنا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن
ابي حنيفة ومحمد وعن محمد انه يبطل قال رحمه الله ونظر وكيله بالقبض
كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط
خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل
به وصار كخيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا واقرب منه
انه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا فاسقط الخيار بعد ما كان
رآه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة

رحمه الله انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه فيه والقبض على نوعين
قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه
مستورا فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا
والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت
الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء
الوكالة وهذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا
انفصل السقوط عن القبض فان كان بعده قصدا او قبله بالرؤية لا يملكه اذا لم
يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض
معه وبخلاف خيار الشرط لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام
فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا
لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في الشراء والبيع والفرق بين التوكيل والارسال
ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولي فيه او امرتك
بقبضه وبقوله ونظر وكيله بالقبض احترز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع
كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره
لا يكون كنظر المرسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض او بالشراء قال رحمه الله
وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار
بوصفه اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير واما سقوط خياره
بما ذكره فلان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير وقوله
يسقط خياره بجس المبيع الى آخره محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل
الشراء واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات
لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح على ما
بينا والاكتفاء بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام
الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية بعد ما وصف له فكذا
في حقه وعن ابي يوسف انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه
منه لان التشبيه يقام مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين اقيم مقام القراءة

لانه صح

سال

له

في حق الاخرس في الصلاة واجزا المواشي على راس المحرم بالحج او العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل بعد كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال رحمه الله ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له ان يرده وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا يكون ابطال خياره بالنص فيما لم يره وفي موضع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي راه بالثاني لما ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية والرؤية قبل القبض وبعده تخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة حالا يتم بالايجاب وحده لعدم رضا الاخر بالصفقة ولذا لا يتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان نفي رضاهما خلل لما افاد تحقيقه ان خيار العيب يثبت لفوات بعض اوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا اولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذا لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية ولصار نظير القبول في الانفراد كما صار نظيره فيه قال رحمه الله ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار

يثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال رحمه الله ومن اشترى ما راى اي خير ان تغير والا لا اي لم يتغير لا يخير لان العلم بالبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه لم يره وان اختلفا في التغيير فالقول قول البائع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان عليه على ما كان ولذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق دعواه التغيير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى ان الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان قال رحمه الله وللمشتري لو في الرؤية اي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه قال رحمه الله ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا او وهب رد بعيب لا بخيار رؤية او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكر شمس الائمة رحمه الله وعن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبد المديون لمن له الدين او عبده الجاني لولي الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعود عند ابي يوسف خلافا لمحمد والعذر لابي يوسف ان حق خيار الرؤية اضعف منهما والله اعلم بالصواب

باب خيار العيب

وهو ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة قال رحمه الله ومن وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند

لما بان

من ذلك بيان

فواتها بتخيير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضاه كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في
العقد لمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك ولان السلامة كالمشروط
في العقد لا يحل له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لمسلم
باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل
يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره
وكتب عليه السلام كتابا بعدما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من
محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة
بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجة والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا
ينقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا
تكون اصلا ولا مزاحمة له بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان حدث
العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار
الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان
عند البائع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على
الرضا به بعد العلم **قال رحمه الله** وما اوجب نقصان الثمن عند التجار
عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف
اهله **قال رحمه الله** كالاباق والبول في الفراش والسرقة ولانها توجب نقصان القيمة
عندهم ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا
ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان
مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن
والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن
حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده
لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا قبل البلوغ
يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا
بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا اذا سرق
من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من المولى حيث احوجه اليه وان

سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يأتمنه في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير
نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ وفي الاباق
اذا خرج من البيت يكون عيبا بالاتفاق ان ابق من المولى او من رجل يكافئه عنده
باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او الى غيره
ان لم يعرف منزله او لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه
ان يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا
يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا **قال رحمه الله** والجنون لما ذكرنا
وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع
ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره
وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا يشترط
المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت انه كان به جنون عند البائع يرده وان لم يعاوده
عند المشتري لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله
تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة
وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق يكون عيبا وما دونه لا يكون عيبا
قال رحمه الله والبخر والدفر والزنا وولد الزنا في الجارية يعني هذه
الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش
وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به
لانه يستخدمه من بعد ولو كان دفرا وابخر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان
يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من
الدفر والبخر يكون من داء وهو عيب والزنا يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر
منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري
حتى ترد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي لو اشترى جارية
بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق
العار بالاولاد وفي نوادر بشر **عن ابي يوسف** رجل اشترى جارية فابقت
عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الاباق لازم لها ابدا وهذا نص

علي ان الاباق أيضا لا يشترط معاودته نعلي هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه
وان لم يعاودها عنده ولذا من اشترى منه يردها عليه به من غير معاودة عنده والاول هو
الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه الله الزنا في الغلام عيب كالسرقة
فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه ولذا حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو
الجلد قال رحمه الله والكفر يعني في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر
عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فيختل الرغبة فيه ولو اشتراه
علي انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده لفوات
الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر ازاد لانه مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرنا
قال رحمه الله وعدم الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة
الداء وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انه لداء فيها فذلك الداء
هو العيب ولذا الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو
الداء او الحبل فان لم يذكر احدهما لا يسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو
سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف
البايع مع ذلك ان كان بعد القبض فيرد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي
يوسف رحمه الله يرد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد
بلا قضاء ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل
قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المزيد
يسمع واقلها ثلاثة اشهر عند ابي يوسف واربعة اشهر وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة
وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه علي ما ذكرنا سال
القاضي البايع فان اقر بما ادعاه المشتري يردها علي البايع وان انكر قيام العيب للحال وهو
الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة علي ما يجي ان شا الله تعالى وان اقر بقيامه في الحال وانكر
انه كان عنده يحلف فان حلف بري وان نكل يرد عليه وان اقام المشتري البينة علي ان
الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاع فيتيقن القاضي
بكذبهم بخلاف ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه
وذكر في النهاية معزيا الي فتاوي الفضلي ان المرجع في الحبل الي قول النساء وفي الداء

الي قول الاطباء

الي قول الاطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال الخلاف ما لم يطلع
عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه
الي الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المراة حلف البايع علي انه لم يكن عنده
لان المشتري لا يرد بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البايع فلا بد من
اليمين قال والسعال القديم لان دوامه يدل علي الداء وتنتقص بسببه قيمته
قال والدين لان ماليته يكون مشغولا به وتتقدم الغرما علي المولى قال
والشعر والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال رحمه الله
فلو حدث عند المشتري عيب واطلع علي عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان
وليس له ان يرده الا برضا البايع لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما
عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان
يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيتخير المشتري حينئذ ان شاء رده
وان شاء رضي به وليس له ان يرجع بالنقصان بعد ما رضي البايع به لو وال الموجب
لذلك وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع علي
عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد
هناك لحق الشرع حتى لا يلزم الربا فلا يقدر علي اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع
فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن فكيف يرجع عليه
بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودة يقابلها شي وتصير مقصودة باحد
امرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن
بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشارع بان نقص
او زاد لان الجز الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز
صار مانعا لذلك الجز حكما فيرد عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع
عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن وصار
له حصته من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر
دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم
فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان

عشر قيمته مثلاً رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه **وقال مالك رحمه الله** يرد
المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد
المبدل كرده فصار رد الحل المبيع فيرجع عليه كل الثمن **ولنا** ان حق الرد ثبت
للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعد ما تعيب عنده
لو رد لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنه ويعود اليه معيبا
به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع على حصته من الثمن فلا يصار اليهما اصلا
ثم لو رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له ان يرجع على المشتري
كما لا يرجع المشتري بشي على البايع اذا رضي باخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى
عند تعارض الحقين لان البايع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيرجح مراعاة حقه
لذلك لانا نقول ذلك معصيته منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من
غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا يسقط غصبه صنعته **قال رحمه الله** ومن
اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث وقد بينا انه
يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اشترى بعيرا فنحره فوجد معاه فاسدا
حيث لا يرجع بالنقصان **عند ابي حنيفة رحمه الله** والفرق له ان النحر افساد للمالية
لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام
ماليته بفعله فصار كاتلافه حما اذا كان عبدا او طعاما فقتله او اكله **قال رحمه الله**
وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع
لزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا **قال رحمه الله**
وان باعه المشتري لم يرجع بشي لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد ممتنع بالقطع برضى
البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع
بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب
وبيعه بعد امتناع الرد لا يمنع له **قال رحمه الله** فلو قطعه وخاطه او صبغه
او لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب
يعني باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ لا
الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فلذا الفسخ اذ هو لا

يرد الاعلى

يرد الا على ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو اخذه لكان ربا ايضا على ما بيناه
فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا لما تبين المبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف
القطع من غير خياطة على ما ذكرناه وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن
والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له
لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمتنع الفسخ فحاصله ان الزيادة
نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة
منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمها والمنفصلة ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر
واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد
لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة
لانه يودي الى الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا
عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا
يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال لما
لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يمنع الكسب الكاسب
في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا يكون اكسابهم مثلهم ولا يلزم من
حصولها للمشتري ان يكون مجانا لانه ليس بجزء المبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه
بالضمان ومثله يطيب الربح لما روي انه عليه السلام قضى ان الخراج بالضمان رواه
مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به
عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة
بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع
يكون المبيع قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فاخراجه عن ملكه
يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه ولا يمكنه الرد
وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر
مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا
لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له
قبل الخياطة في وقت لا يمنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا
له

الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك
الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع
بالنقصان **قال رحمه الله** او مات العبد او اعتقه اي الخياطة ونحوها
لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم
وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت فانما لا يمنع فلان الملك ينتهي
به لان الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع
على البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما
الاعتاق فالمراد به اعتاقه وخدمته قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد
العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه
به فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب
وهو قول الشافعي لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل **وجه الاستحسان**
ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل الى
غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل
كان الملك فيه باق ويتعذر رده ولهذا ثبت الولاء له بالعتق وهو من
آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالعتق لاعتاق
لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه على مال
لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل **وعن ابي حنيفة**
انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولا العوض والمعوض ملكه
فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض
فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا
كما قلنا اذا ابق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان
الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه
موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه
او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لامكانه عليه فلا يتمكن من اخراجه
عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه

بخلاف

ردّه

منتقرٌ ببيان

بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي
اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده
ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد **قال رحمه الله** فان اعتقه على مال او قتله
او كان طعاما فاكله او بعضه لم يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما
القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه
فصار مستفيدا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان
معنى الا ترى انه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه **وعن ابي يوسف** انه يرجع بالنقصان لان
قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك و
ما ذكرنا وهذا الخلاف ما اذا اصبغ الثوب او فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع
امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا
والعين قايم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد
والتدبير والاعتاق واما اكل الطعام فالمذكور هنا **قول ابي حنيفة** والقياس ان يرجع
بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه
الاعتاق **وجه الاستحسان** ان الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان
عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا اثر له فيه
الا ترى ان البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسايل
ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع
بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بافة سماوية
او انتقص او ازداد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق او توابعه كالتدبير والاستيلاد
لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان
يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا
باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام
لشيء واحد فيتعيب بالتبعيض واكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه
يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع
على عيب لا يرجع بالنقصان لا في الزايل عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله

جوابه

بيّنه

وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال رحمه الله ولو
اشترى بيضا او قثاء او جوزا ووجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب
لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع لانه اسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله
اذا كسر منه مقدار ما لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه فكانه فعله
بنفسه قلنا رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع
بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب
ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال رحمه الله والا بكل الثمن اي ان
لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم
في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا
كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل
يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع
وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر
فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا
ذاقه فتركه فان تناول منه شيا بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه صار
به اكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف الذي في الطعام هذا اذا كسره
من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد
العلم دليل الرضاء وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب شيء
ياكله بعض الفقراء او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرناه
وقال في بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب
لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره كما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا
يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنان من كل مائة فليس له ان
يخاصم البائع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند
ابي حنيفه وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه
لانه ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا

يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم قال رحمه الله
ولو باع ما رد عليه بعيب بقضاء عليه يرده على بائعه ولو برضا اي اشترى شيئا فباعه
فرد عليه بالعيب له ان يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ
في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه
وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده للتيقن به عند البائع الاول والاصح
انه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما
بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض
وان كان قبله فله ان يرده على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل
القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما
نبينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة
والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس
له ان يرده على بائعه كانه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه
قبل القبض وعند ابي يوسف بيع في الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين
ان يكون قضاء القاضي ببينة او باقرار او بنكول لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد
لا يرده على بائعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على
انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على
بائعه اذا كان باقرار او نكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه
فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضي مضطر الى القضاء من جهته
فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره
الا فيما يصلح الة له كما في القتل فانه يمكنه ان ياخذه ويضرب به واما فيما لا يصلح
فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لان توقعهما بكلامه والمكره لا
يصلح ان يكون الة له فيه اذ لا يقدر ان يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون
الة له فلا ينتقل النقل فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب
كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسالة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب
وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء

القاضي فيفيد قضاؤه في حق الكافة فكان له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ العقد
بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم تخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان البيع
فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فيفسخ احدهما لا ينفسخ الاخر فاذا
عاد قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال
لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان لابي
البايع ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان
المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل
فكانه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا في ما مضى وهذه الاحكام
وهو ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل
الفسخ بالبيع او بالحوالة فلا يسقط الفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة
كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب
زكاة ما مضى من السنين **وقال شيخ الاسلام** قول القايل بان الرد بالقضاء فسخ
للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ
ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من
الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه
فيتمكن في هذا الدعوى دون كذا وينافض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد
كان لم يكن في حق المستقبل دون الماضي **قال رحمه الله** ولو قبض المشتري
المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بايعه اي لم يجبر
المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب
عليه دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت للمشتري العيب فيسترد
من البايع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى
تتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعيين
حقه بدعوى العيب ودان وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه بازاء
تعيين حق المشتري في المبيع **وقوله** ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب

ولبقية اثباته يقيم البينة او لان العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع اي عند المشتري لانه
اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده بالعيب وان كان به عند البايع لاحتمال انه
زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب
كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان
فيه عند البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع وصورة التحليف
ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه
وجد فيه عنده اي عند المشتري لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على
قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه
في الحال هل يحلف البايع فعلى قول **ابي يوسف ومحمد** يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا
انكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها
فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن
فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين
على ما بينا في البينة **واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة** فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا
وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب
اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم
الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه
لان التحليف شرع لدفع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في
الحال ثم تنشأ خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن عنده على ما بينا ويرد
هذه المسألة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي بطلب الشفعة فان القاضي
يسأل المدعى عليه عن التي يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع ام لا
وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان
نكل ثبت انها ملكه ثم تنشأ خصومة اخرى فان القاضي يسأله هل ابتاع ام لا وهذا
تحليف لانشاء الخصومة **ذكره القدوري** ولم يحك فيه خلافا **قال رحمه الله**
وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري شهودي في

التسليم استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتقاض ضررا بالبايع وليس في
دفع الثمن اليه ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه
الثمن وان نكل لزم البيع لانه حجة فيه بخلاف الحدود حتى لا يكون النكول فيها حجة ولهذا
لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بينا قال رحمه الله فان ادعى اباقا لم يحلف بايعه حتى
يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري
ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم
المشتري بينة انه ابق عند نفسه فان اقامها حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما حتى
يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفه وعندهما
يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف
بالله ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه
وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما
ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ
مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر يزول بالبلوغ فلا يرد بالرد على ما بينا من
قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل
التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة
التسليم وانما كان التحليف على الثبات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم
لان البايع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان
المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على الثبات لادعايه العلم بذلك
وان كان القبض بفعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف على
الثبات لما قلنا وانما لا يحلف على العلم ان لو ادعى انه لا علم له به وهذا في العيوب
التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا
يحدث مثلها كالاصبع الزايدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف
لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضى المشتري به واثبته بطريقه
فحاصله ان العيوب انواع احدها ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما

عليه بيان

لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البايع بقول الاطباء فيقبل في
قيام العيب الحال قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته
عند البايع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا تعرفه الا النساء كالرتق
والعفل فيقبل في قيامه الحال قول امراة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولها
لا بد من تحليف البايع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من
غير يمين البايع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء
كالاباق ونحوها فحكمها ما ذكرناه قال رحمه الله تعالى والقول في قدر المقبوض
للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جاريه او عبدا بعد القبض فقال
البايع كنت بعتك معه غيره وقال المشتري بعته وحده فالقول قول المشتري لان
القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البايع يدعي بقاء بعض
الثمن في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا
لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال رحمه الله ولو اشترى
عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان
ياخذ السليم ويرد المعيب بل ياخذهما او يردهما لان في احدهما تفريق الصفقة قبل
التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض
له شبه بالعقد لكونه يفيد الملك التصرف وسوى لان الملك للرقبة وعن ابي يوسف
انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيهما في
حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فلا يقبل التجزي في التمام الا
ترى ان حبس المبيع لما تعلق بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله وبقاء
جزء منه فلهذا تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزي
في هذا المعنى ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر ليس
له ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة وفيه ضرر بالبايع لان العادة جرت بضم
الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا ان التفريق
الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون
الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقبض

صح

على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في
الباقي لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة
قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض
لعدم تمام الرضا وتضرر البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا
ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض
اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجد بهما عيبا بعد القبض فانه يرده
خاصة فكذا قبله وهذا اشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا منع التفريق بعد القبض
وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد
منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي
الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد القبض
بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما عيبا بعد القبض الف
احدهما للاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال رحمه الله
ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان من نوع
واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد حكما وتقديرا وان كان
اشيا حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع
والانضمام اذ الجهة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية
باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشي واحد ولهذا سمي باسم واحد
وهو الكر ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فاذا
كان كالشي الواحد ليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده
كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق
بين ما اذا كان في وعاء واحد او وعايين وقيل اذا كان في وعايين يكون بمنزلة
عبدين حتى يرد الوعا الذي وجد فيه العيب وحده قال رحمه الله
ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض
المكيل او الموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرها والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضى العاقد لا برضى المالك

بخلاف

بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب
وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض
المكيل او الموزون قبل القبض فله ان يرده وهذا اذا كان بعد القبض واما
اذا استحق بعض المكيل او الموزون قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة
على المشتري قبل التمام قال واللبس والركوب والمداواة رضا
بالعيب لانه دليل استبقايه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والدابة والعرض
على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط لكن فان اللبس ونحوه ليس دليل الخيار
فيه فان الاختبار هناك شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه
للاختبار فلو جعل اختيارا للاجازة لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب
فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند العجز عن
الوصول الى الجزء الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك جعل
ممسكا لوجود دليل الامساك والرضى قال لا الركوب للسقي
او للرد او لشرا العلف اي لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البايع
او ليشتري لها العلف رضى بالعيب وهذا استحسان لانه يحتاج اليه وقد
لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضى الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل
تاويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد ولا تنساق
ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضى كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره
يكون رضى لا عن ضرورة قال رحمه الله ولو قطع المقبوض بسبب
عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها
فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا رحمهما الله ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع
غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع عن الوجوب فكان بمنزلة
عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما اذا
اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان
فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب القطع وانه لا ينافي المالية

فنفذ البيع فيه لاكنه يتعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فرجع بنقصانه
وهو ما بين قيمته سارقا الى غيره سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع ه
بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع
من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوده لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع
صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه
ولابي حنيفة ان سبب الوجوب وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود
فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد
بجناية او حدث في يد الغاصب وروى بن سماعة عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية
حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه
خلافا قلنا انه يمنع ولئن يسلم فالسبب الذي كان عند البايع يوجب انفصال الولد
لا موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع
بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لان هذه
يثبت تجانيه بالتبرع والنقل غير مستحقة في يد البايع الا ترى انها تحسم ولا تقطع في
البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض
في النصف وان سرى الى النفس لخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل
عند البايع لان النفس صارت مستحقة في يد البايع فينتقض به قبض المشتري
ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك العبد رجع بنصف الثمن لان القطع
بسبب كان عند البايع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ
بخلاف العيب على ما بينا ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن
عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع
بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بيناه وعنده لا يرده بغير رضى
البايع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر
ما فات بسبب ما كان في يد البايع وان رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع
الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري فلا يرجع به على احد
ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير او قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض

عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع
على بايعه واصل الخلاف ان القتل او القطع بسبب كان في يد البايع ه
استحقاق عنده وفيه ترجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول
وعندهما عيب فيرجع من لم يفت الرد بالبيع وهو الاخير على بايعه ثم
هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة
الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل او القطع
فانه لا يبطل حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل
حقه لان العلم بالعيب رضا وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده به
فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان
على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفه بما اذا اشترى عبدا
مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري
ومات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما
وان مات بسبب ما كان عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع عند البايع
ماتا بزيادة الالام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا
العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما
تقدم قال رحمه الله ولو بري من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرد
بعيب وقال الشافعي لا يصح الا بعد ان نعد العيوب وفي جواز البيع بهذا
الشرط قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على ان الابراء عن
الحقوق المجهولة لا تصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا
يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة
لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من
العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المحاجة بينه وبين ابي
حنيفه في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في
موضع المباني منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البايع ان يري
المشتري ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى افحمه وضحك

وبما ت عند المشتري به وبما اذا زني عند
البايع ثم باعه صح

الخليفه وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر
لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلا[مة]
وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه
او ليبريه بل هذا بيان لانعقاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد
قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على انه لو باعه بشرط البراءة
من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل
وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند
ابي يوسف يصح لان غرضهم انعقاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع
عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا
لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة والله اعلم بالصواب ٥

باب البيع الفاسد البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ٥
ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلى عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا
وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض
وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع
ملك الغير قال رحمه الله لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام
الولد والمدبر والمكاتب لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطله
لما ذكرنا قال رحمه الله فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد الباطل
غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على
سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه ان بيع ما ليس
بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف انفها والمدبر وام الولد ٥
والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف
انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في
الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك وتضمن بالقبض
باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع
امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بان

صوابه باطل

يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة بان كانت دينا في
الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه اعزاز له لا لها لان الثمن
تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع ولذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة
صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب
المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله
البزدوي كالميتة لانه جزؤها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد
والمكاتب من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان اهليته
المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخروج يد المولى ولو ثبت
فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة
اقتضاء لانها تقبله بخلاف المدبر وام الولد قال في الايضاح اذا كان احد العبد
مدبرا او مكاتبا او ام ولد تملك بالبعض لان البعض قائم بالمحل وانما لا يصح البيع
لحقه في نفسه فاعتبر ذلك في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب
لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو
كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه
لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر او الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفه رحمه الله وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال
حقيقة ولهذا يملك ما لم يضم اليهما في البيع فيضمنان بعوضه كسائر الاموال
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب
به وله ان شبه البيع انما يلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلا ن
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما بل
ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق
ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول
اصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن اليهما لا غير وروى
المعلى عن ابي حنيفه انه يضمن قيمة المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق

لين

له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن
مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال رحمه الله والسمك قبل الصيد
اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه
احمد ومسلم وابو داود وغيرهم وعن ابن مسعود انه عليه السلام قال لا تشتروا السمك
في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين فاما ان
يبيعه قبل ان ياخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه
في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا
يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على الروايتين اللتين في بيع
الآبق بناء على انه باطل او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة
جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم
له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك
الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر او سد عليه الدخول حتى لا يمكنه الخروج
على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله صار اخذا له وملكه بمنزلة ما
لو القاه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له نصا كطير دخل البيت
فاغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هياها له
ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه
من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه بسواء امكنه الاخذ بغير حيلة او
لا لانه لم يملكه قال رحمه الله والطير في الهواء لانه غير مملوك له قبل
الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر
عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من غير حيلة
وعلى هذا لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا
يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم
ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في
ارضه الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لا يملكه ولهذا وجب في العسل
العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار هذا اذا لم يهيئ ارضه لذلك فان هياها

موضع صح

يطير سان

له بان حفر فيها بيرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيه صيدا و يتعلق به ملكه
لان التهيئة اخذ اسباب الملك الا ترى انه لو حط طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه
ولذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية
لو دخل الصيد دار رجل فاغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى
هذا قياس في الحاصل في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز ان يكون في المسئلة
روايتان والا فلا فرق بينهما قال رحمه الله والحمل والنتاج فالحمل ما كان
في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة
رواه مسلم واحمد وابو داود وفي رواية نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان ينتج
الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن شرا ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن
شرا العبد وهو آبق وعن شرا المغانم حتى تقسم وعن شرا الصدقات حتى تقبض
وعن ضربة الغائص رواه احمد وابن ماجة والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى
عنه عليه السلام على ما بينا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ايكون
ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما
دخلت عليه التا للاشعار بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سيحمله الجنين ان
كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام قال
واللبن في الضرع لما روينا ولما روي انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف
على ظهر او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة
فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيودي الى النزاع لانه يحتمل
ان يكون انتفاخا من الريح ويلتبس فيه لبن قال رحمه الله واللولو في الصدف
لان فيه غررا وقد نهى عليه السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره
ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه
لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع
تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن نحو ما
بالبعض ايضا قال رحمه الله والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل

ف

الجز لبس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بالخطاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار كما لو باع اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي فلم يوجد قبله ولو نبه مقطوعا الا انه يزول كما في الكراث وقوائم الخلاف والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما اجيز في الكراث وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال رحمه الله والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيستحق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البايع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان ثم ذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع حوا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذا حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهذا الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالنقرة من الصبرة قال رحمه الله وضربة القانص وما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وبغوص الصايد في الماء لما روينا فيه منفصلا ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال رحمه الله والمزابنة وهو بيع التمر على راس النخل بتمر مجذود مثل كيله خرصا لحديث انس انه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع سنبل الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل في جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا

موضوعين

موضوعين على الارض ولذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة بيع التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربا الاخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى لانها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به ولذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان تباع جزافا ولا اذا كان احدهما مستاجرا لما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تبايعا موضوعين في الارض ومعنى العرايا فيما روياه العطايا وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه مكانه تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بايعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتداه وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض ما اعطاه او لانه بمعنى البيع في الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي ان الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع قال رحمه الله والملامسة والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاه لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عنهما بما روينا وعن ابي سعيد الخدري انه عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر

فيكون تمارا انصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة هو ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع واللقاء الحجر ان يقول المشتري او البايع اذا القيت الحجر وجب البيع وفي سنن ابي داود والملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه قال وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى احدهما على ان ياخذ ايهما شاء جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال رحمه الله والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلا دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جايز اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحوزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار رواه احمد وابو داود ورواه بن ماجه من حديث بن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحوزه وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلا رواه بن ماجة ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه واذا طلب احد الماء يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فياخذ الماء بنفسه او يخرج له فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه ولذا لهم الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى واجيزت في الظير والصبغ لكونها للعمل تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه ان يستاجر الارض لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن والاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا انبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او خدق حولها

هي ح

وتعليقها

٨٩

وهيأها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع ما ترعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا يدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكه بالنبات فيها والحاصل ان الكلا ولذا لهم ان ينتفعوا بضوء النار والايقاد من لهبها بدون رضا صاحبها وليس لهم ان ياخذ شيئا من الجمر الا برضا صاحبه قال رحمه الله والنحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يؤكل كالحمار وجحشها ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال رحمه الله وباع دود القز وبيضه اي يجوز بيعهما وابو يوسف معه وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا مع ابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد ان الدود ينتفع به ولذا بيضه في المال فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال رحمه الله والابق اي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبله ورد القول ادوينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط بجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من عودة الى مولاه ولا كذلك الابق ولو باعه ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا عند المتعاقدين وهذا ليس بابق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد على الاخذ انه ياخذه ليرده على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع

انواع صح

خالوصح

نعل الطين

لان قبضه مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض على سوم الشرا مضمون
بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان
اقوى من قبض الامانة لتاكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري
لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على
ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك
فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا
بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم يا[خذه] لنفسه بل ليرده
على صاحبه وهذا بنا على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما
شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه ابق
عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم
يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف
ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي
لبقا[ء] العقد على ما كان دون الابتداء **وعن ابي حنيفه** انه يعود صحيحا لان
المالية فيه قايم فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن تسليمه فيفسد
فاذا اب[ق] قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم
فصار كما لو ابق بعد البيع وكبيع الموهوب ثم افتكه قبل الخصومة وبه
اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتي ابو عبد الله الثلجي
وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض
فيه ولو علم حياته في وقت العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه
الصغير او اليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما في يده من اليد
يكفي في الهبة بدون البيع **قال** الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الابق
اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه **قال رحمه الله** ولبن
امراة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعاء **وقال الشافعي رحمه الله**
يجوز بيعه من حرة كان او من امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر
فصار كسائر المايعات الطاهرة **وعن ابي يوسف** انه يجوز بيع لبن الامة

لانه يجوز

٧ العقد

لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزوها ولهما انه جز[ء] الادمي بدليل انه يثبت
به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو بجميع اجزايه مكرم مصون عن الابتذال
والامتهان بالبيع الا في ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي فيختص
بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة
في اللبن ولو انه مشروب طاهر وري لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك
النكاح فانه ضروري لقضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على ان البضع مهان
مبتذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع
مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة
حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل ايضا **قال رحمه الله** وشعر الخنزير
وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له كلحمه وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه في عز الادمي
ونجاسته مشعر بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لانه حرز النعال
والخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة **وعن ابي يوسف** انه يكره لان الخرز
يتاتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى شرايه
لانه مباح الاصل **وقال الفقيه ابو الليث** ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر
الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره
لانه لا حاجة اليه للبايع ولا باس للاساكفة ان يصلون مع شعر الخنزير وان كان
اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف لانه للاطلاق
للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل وعند
محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته **قال رحمه الله** وشعر الانسان
يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون جزؤه
مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنها الانتفاع به
لما فيه من اهانة المكرم **وعن محمد رحمه الله** انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا
بما روي انه عليه السلام حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون
به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه

حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل قلنا خوصه الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوايبهن قال رحمه الله وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه لما روي انه نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست باصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى اخره ولانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في باب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال رحمه الله وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعدما سقط لان له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهوا لا يمكن احرازه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القايم ولم يبق بخلاف الشرب حتى يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال لهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه يضمن قيمته ولذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسالة تحتمل وجهين احدهما بيع رقبة الطريق والمسيل

والثاني

والثاني بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حده جاز وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزءا شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة ان حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين فما يتعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء والهوا ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال رحمه الله وامة تبين انه عبد وكذا عكسه اي لو اشترى وباع شخصا على انه امة فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس ان يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على انه كاتب او خباز فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا اخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتفاوت المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالانثى والذكر من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد الا ترى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال

هذا صار الذات معينًا ولا يشاركه فيه غيره والتسميه لاعلام الماهيه وهو امر
زايد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ونحتاج في مقام التعريف الى
ما هو ابلغ فيه فكانت الاشاره اولى بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتًا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان نجعل الاشاره
للتعريف والتسميه للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه
بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان
يجعل احدهما تبعًا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل
في العقود كلها كالاجاره والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال
ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض
المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو
اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار كانه باع شيئًا بشرط ان يسلم
غيره وذلك فاسد والاجاره مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح
واشباهه لانه يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه
كالثياب والحيوان الموصوفه والمكيل والموزون تجب المسمى يجعل كانه سماه
ولم يشر الى شي وان لم يمكن ضبطه تجب مهر المثل كانه لم يسم شيئًا لانه لا يصلح ان
يثبت في الذمه قال رحمه الله وشرا ما باع بالاقل قبل النقد ومعناه
انه لو باع شيئًا وقبضه المشتري ولم يقبض البايع الثمن فاشتراه باقل من الثمن
الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم
بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع او منه بمثل
الثمن الاول او باكثر او بعوض او باقل بعد النقد ولنا ما روي عن ابي اسحاق
السبيعي عن امراته انها دخلت على عايشه رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد
زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني بعت غلامًا من زيد بثمانمايه درهم نسيه
واني ابتعته منه بستمايه نقدًا فقالت لها عايشه بيس ما شريت وبيس ما
اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا ان يتوب
رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على ان العقد فاسد وهو لا يدرك بالراي

فدل على

فدل على انها قالته سماعًا ولا يقال قد روي انها قالت قد بعته الى العطا فلعلها انكرت عليها
لذلك لانا نقول كانت عايشه رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان
البايع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفه التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن
قصاصًا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص
بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل
المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو
بمنزلة شرا البايع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان
الاملاك متباينه بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان
تصرفه لنفسه وله ان شراهما ولا يشترا البايع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم
وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هولا ولو اشترى ما يبع له بان اشترى هو ولا
ولو اشترى ما بيع له بان باع وكيله لم يجز ايضًا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه
ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلًا ببيع عبده بالف درهم فباعه ثم اراد الوكيل
ان يشتري العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز استحسانًا
شراوه لنفسه فلان الوكيل بايع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شرا البايع
من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب المحرمات واما لغيره
فلان شرا المامور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شرا ما باع لنفسه من
وجه ولهذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل كما اشترى به المورث لم يجز لقيام
الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البايع باقل مما باع به مورثه
فانه يجوز وعن ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الروايه
ان الوارث يقوم مقام المورث فيما يورث لا فيما لا يورث ووارث البايع لم يقم مقام البايع في
هذا الشرا لانه لم يملك الشرا بطريق الارث لانه كان يملك الشرا لنفسه حال حياة
مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقايم مقام المشتري في هذا
البيع لان ولاية البيع له من احكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة
مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم
الارث صار بيع الوارث وبيع المورث سوا فكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز

بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشراء من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري
من رجل او وهبه لرجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل
يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله حديث بريرة حيث
قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على
حاله لم ينتقص لانه اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البائع باقل من
الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه
المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان
بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول
معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير
السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام
كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح
وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن
الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس
والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير
قيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما
جنسان حتى لا يجري ربوا الفضل بينهما ولنا انهما جنسان صورة وجنس
واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر
الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال
والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا
بعناك بالف كل نصف بخمس مائة ثم اشتراه احدهما بخمس مائة قبل النقد
فسد في نصفه لانه شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في
نصيب شريكه بنصف خمس مائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قالا بعناك
نصيب فلان بخمس مائة ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمس مائة ثم اشترى
احدهما كله بخمس مائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه
ونصفه وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو

الربع

الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشترياه معا
في هذه الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح
شراؤه في الربع فاذا اشتراه كل واحد منهما نصفا شائعا صح شرا كل واحد منهما
في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمس مائة صح شرا كل
واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شائعا نصفه فيما باع فيفسد
ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه
مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمس مائة لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه
والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في
النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما
الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له قال رحمه الله وصح فيما ضم اليه
اي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى معها
بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الاخرى
لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل
مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو
قضى القاضي بجوازه صح او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام
الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال رحمه الله وزيت على انه يزنه
بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح لوزن الظرف
اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون
مكان كل ظرف خمسين رطلا ويجوز ان شرط ان يطرح لوزن الظرف لان الشرط
الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج
عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اقل من الظرف واكثر
الا اذا عرف ان وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال
رحمه الله وان اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا
في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو
كان خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض ضمينا كان

او امينا كالقابض والمودع وان اعتبر اختلافا في الثمن فهو في الحقيقة اختلاف
في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان
الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن تبعا الاختلافهما في الظرف والاختلاف
في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود في العقد ولا معقود عليه اصلا
فلذا فيما يثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف
القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد صورة ان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق ليس في معناه
فلا يلحق به قال رحمه الله ولو امر ذميا بشرا خمر او بيعها صح وهذا عند
ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى
هذا توكيل المحرم والحلال ببيع صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية من
الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فلذا وكيله لمسلم وكل مجوسيا بان
يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل
الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن
ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد ولابي حنيفه رحمه
الله ان الوكيل اصل لنفس التصرف والموكل بحكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر
والخنزير بالارث بان كانا لذمي فاسلم فمات فيلان بسبب الخنزير ويخلل الخمر
يرثه ورثته المسلمون ولذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل
المسلم المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيكون مضافا
الى الموكل وبخلاف ما اذا انب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزوج فيقع
الحكم فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعه اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان لم يعلم
الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم
شراها واكل ثمنها وفي التوكيل بشرا الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع
عن الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها
كما اذا ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه

لكنهما

من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا
التصرف فلذا وكيله منقوض بمسايل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشرا عبد
بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها
اذا مات ذمي وخلف خمرا بامر القاضي ذميا يبيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو
كان مسلم وصيا للذمي وللميت خمر بامر الوصي المسلم ذميا يبيعها وان لم يملكه
هو واما نكاح المجوسيه فان المسلم لا يملكه ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته له
حكما للتصرف بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم
اهلا لملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغوا قال رحمه الله
وامه على ان يعتق المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز بيع امة
على ان يفعل بها المشتري شيا من هذه الاشيا لنهيه عليه السلام عن بيع
وشرط والاصل فيه ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملايم له ولم
يرد الشرع بجوازه ولم تجز التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق
مفيد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او
شرط فيه الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقه والتاكيد لجا
الاستيفاء والمطالبه لان استيفا الثمن يقتضي العقد وموكده ملايم
له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد
الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جري التعامل فيه بين الناس
كشرا النعل على ان يحذوها البايع او يشركها او شرط فيه ما لا منفعه فيه
لاهل الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البايع والمشتري والمبيع للادمي
والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملايما وما
عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عريه عن العوض فيفضي
الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعه فيعري العقد عن مقصوده ولان
المقصود من شرع الاسباب في العلامات قطع النزاع ليختص به المباشر
للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفه لان بيع العبد نسمه متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلناه

نب

قلنا انه يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق اي تصرف شيئا لا تصرفا معينا
فاشتراطه مثله فيه يفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع
النسمه ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة الاعتاق عن
كفارة او نذر وقيل تفسيره ان يعده المشتري قبل الشرا ثم يشتريه من غير شرط
في العقد ولو اعتقه المشتري جاز البيع عند ابي حنيفه رحمه الله وجب عليه الثمن
وقالا يجب عليه القيمه وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير
الفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسده فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر وجه
الاستحسان ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما بينا ولكن
من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشي بانتهايه يتقرر فلوجوده ضرورة ٥
الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملايمه وهو الانتهاء
فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا
بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك ولذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جاريه بشرط
ان يطاها المشتري او يشترط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفه رحمه الله
لان العقد لا يقتضيهما لان قضيته اطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام
وقال ابو يوسف صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه
لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضه العقد فلا يرجع
نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يودي الى النزاع فلا يفسد
قال رحمه الله او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما لا
يصح افراده بالعقد لا يصح استثناوه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا
استثناوه ولانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعه للبايع ٥
فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد
العقد والاستثنا كالبيع والاجارة والكتابه والرهن لان هذه العقود
تبطلها الشروط الفاسده غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب
العقد من الشروط اي ما يقوم به العقد حتى لو كان شرط ان لا يخرج من
البلد لا يفسد وله ان يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد

مال

مال في حق المولى ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين
في الحالين وفي وجه العقد جايز والاستثنا باطل كالهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا
للام في هذه العقود بصيرورته حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء
وهو الوصيه حتى لو اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها
لاخر صح لان الوصيه اخت الميراث والميراث يجري فيه ملك الوصيه بخلاف
الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل وحده صح قال رحمه الله او
يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكن او يقرض المشتري درهما او يهدي
له او يسلم الى كذا وثوب على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا لان هذه
الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعه لاحدهما فيفسد ولانه ان كان
بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطه في بيع وان لم
يكن بمقابلته شي فهو اعارة مشروطه فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن صفقتين في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى
يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متعينه بالعقد فلا
حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال رحمه الله وصح
بيع نعل على ان يحذوه ويشركه وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا
لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه ومثله يترك
القياس ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظير والحمام
وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال رحمه الله لا البيع الى النيروز
والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك يعني
لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها مجهوله فتفضي الى المنازعه وقالوا اذا باع
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام
وهي معلومه قال رحمه الله والى قدوم الحاج والحصاد والدياس
والقطاف اي لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهوله
وهذا لان هذه الاشيا افعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو والهم والاجال

شرعت بالأوقات قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج
ولذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجداد وهو بالدال
المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها
قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع
العنب من الكرم والدياس ان يوطى الطعام بالدواب قال رحمه الله
ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه الجهالة يسيرة وهي محتملة في الكفالة لكونها
تبرعا يجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على
المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن رفعها باقتضائها بخلاف ما اذا كانت
فاحشة كالكفالة الى هبوب الرياح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها
التزاما محضا من غير ان يقابله شيء وفي النذر يتحمل الجهالة وان كانت
فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة
في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة
في الكفالة يتحمل في اصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف
وهو الاجل اولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا فكذا في وصفه
قال ولو اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الى هذه الآجال ثم اسقط
المشتري الآجال قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج
جاز البيع وقال زفر لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا
باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما
اذا تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج
عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا
عند ازالته او نقول العقد ينعقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا
على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة
وقبل محله لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا
الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا
عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في

احد العوض

جهالة صح

والشافعي صح

احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد
لا ينقلب عقدا آخر وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقط من له الحق فيه
وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول
القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا يخرج الشرط
لان رضى من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اخر الثمن الى هذه الاوقات جاز لا
تاجيل الدين والجهالة في تاجيل الدين تحتمله لخلو العقد عن المفسد بخلاف
ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال رحمه الله
ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين
عبد او مدبر او بين عبده وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده
والملك اما الاول فالمذكور على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان
بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما
صار صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد
ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا
يمكن وصفه بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في
العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة العبد والذ
فيبطل واما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد
المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب
وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في الآخر فيفسد كالفصل
الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان
المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينتقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة
البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا
فلو جاز البيع في الآخر لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند
العقد بخلاف النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا
والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان
القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح

نه

الحر والميتة شرطا الجواز العقد في العبد

كية

وفي عبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال لم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة
وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب
وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد
وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد
على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتملك فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكر
الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به
انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه
كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا
ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر
لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على
الوقف لانه مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا اشكل فان المسجد
كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء
للمساجد فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد

فصل قبض
المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته
معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته ان كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا
عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط ان يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه
لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق
وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده ان
يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في
الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض
لان مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض
البائع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به
وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج الى التصريح به وان كان بعد المجلس
وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة

المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن بخلاف البيع مع
السكوت حيث ينعقد فاسدا **وقوله** ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض
لانه به دخل في ضمانه **وعند محمد** يعتبر قيمته يوم التلف لانه به يتقرر عليه ان كان
البيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل
لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا
قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك التصرف خاصة
بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله انما جاز بيعه لان البائع
سلطه على ذلك وقال ايضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة
للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع ولذا لو اشترى جارية
لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى
البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل
له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها ولذا لو ربح فيها لا يطيب
له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام اشتراه شراء فاسدا
ولو ملكه لحل **وجه القول الاول** وهو الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبد
للصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه ولو كان الولاء له ولو لم
يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه ولذا لو
اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري
بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها
على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم تخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له
التصرفات من الوطي والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان الاشتغال
بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة
تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره **محمد رحمه الله** من التسليط لا يدل على
انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه
وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان
قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه

ذريعة الى قضاء المآرب ووصلة الى تخليص المطالب فلا يناط به اذ لا يلائمه
والملائمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه
مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه
وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا يفيده قبل القبض وبه تزداد الحرمة
والفساد فانى يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم **ولنا** ان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية
والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية تقرر
المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور
ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان
من شرط النهي التصور تصور الاعمال الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن
مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقته النهي تصرف في المكلف بالمنع
مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع
فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها
فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازالته
من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الآخر
وتحقيق هذا ان النهي عن العقود المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة
وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما
اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد
لحكمه غير انه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه
لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في
غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه
متصل به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز العقد
غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية
فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا
لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض

عدم بيان

اذا

اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد
القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بتقدم
الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان
كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد **وقوله** وبينهما تناف
قلنا لا تنافي اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست
بمال في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا
وهي لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا
تصلح ثمنا وانما تكون مثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة مبيعا في
صورة من المبايعات **قال رحمه الله** ولكل منهما فسخه لان رفع الفساد
واجب عليهما واللام يكون بمعنى على قال الله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها ويتمكن
كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد
الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكل واحد منهما بسبيل
من فسخه من غير رضا الآخر لكونه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ فلا يلزمه
بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا
الى احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فلذا ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد
وان كان الفساد لشرط زائد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد
المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة
الشرط ان كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في
حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لابطل حقه عليه وعندهما
لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن
له النفع قادر على تصحيحه بالحذف والكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه
بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه **قال رحمه الله**
الا ان يبيع المشتري او يهب او يحرر او يبني اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات
ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته
كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ او لا

تقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لان الاجارة عقد
ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ
ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد
لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد
الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنى الله تعالى بخلاف حق الشفعة حيث ينقض
فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان اولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك
فتجب قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون
وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار وهكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها
فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البائع فلا ينقض بخلاف
الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير
البيع لانهما لازمان الا اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حتى يعود الاسترداد
لزوال المانع ولذا لو رجع في الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء او
بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق
الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا
قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد
لانه تقرر لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد
المغصوب اذا ابق ثم عاد بعدما قضي على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث
به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث
ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على
ما عرف في موضعه وقوله او بنى اي ينقطع حق الاسترداد فيما اذا بنى المشتري
في العقار المشترى شراء فاسدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما ان حق البائع في الاسترداد اقوى من
حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضاء ويبطل بالتاخير
ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس
فهذا اولى وله ان البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به

الدوا

الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يسقط بيع المشتري وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد
رضي الله عنه ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه
عنده والبيع الفاسد لا تجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة
عنده علم ان حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا اخذه الشفيع با	خذه
بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني
وان شاء اخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه هنا بالشفعة
نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاستر	داد
لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعدما دخل في ملكه وملكه مانع عن الاسترداد ثم الاصل
فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع
في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد ان البائع بالخيار
ان شاء اخذه واعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب قال رحمه الله
وله ان يمنع المبيع عن البائع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان
للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون
والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او
اقرض واخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا
بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانهما معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان مات
المؤجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض من سائر الغرماء
ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن
البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء
ما له عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستا	جر
العبد ثم فسخ المؤجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس
للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق

عليه قال رحمه الله وطاب للبايع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى شيئا يتعين
بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبايع ما ربح في الثمن
ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد متعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا
يتعلق العقد الثاني بالا يتعين بل تجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا تجب التصدق
به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات
اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفه ومحمد ليتعلق
العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير
سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقه شبهة فيعتبر الشبهه
فلا تعتبر الى شبهة الشبهه فلا تعتبر فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعلق
بالعقد وما لا يتعين والحرمه نوعان حرمه لعدم الملك وحرمه لفساده وقد
ذكرناهما فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد ام لا قيل
يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض
فصار كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان
والثاني رواية ابي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح من الثمن عندهما كما في
المغصوب قال رحمه الله ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا
انه لا شيء له طاب له ربحه اي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان
الدين وجب لتصادقهما او لا فملكه ثم استحق بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق
مملوك الا ترى انه لو باع عبدا بجاريه فاعتقه المشتري ثم استحقت الجاريه لا يبطل العتق
في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا لو حلف ان لا يفارق
غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم
استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المديون ملك ما في ذمته بالبيع
وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب
خبيث لكونه مملوكا بملك الغير لا فيما لا يتعين وفيما لا يتعين على ما بينا من قبل
قال رحمه الله وكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين
ويروى بالسكون ان تستام السلعه بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل

ليراه غيره فيقع فيه وانما كرهها لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام نهى عن
النجش وعن ابي هريره رضي الله عنه انه عليه السلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان يتنا جشوا
رواهما احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشرا وروى احمد عن ابن عمر انه عليه السلام
قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولانه في ذلك ايحاشا واضرارا
به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا
طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد الى ان يبلغ ثمنها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البايع
الى المبيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان
يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقال انس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن
يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقرا والحاجه ماسه اليه ولذا النهي عن الخطبة
محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي قال رحمه الله وتلقي الجلب اي كره تلقي الجلوب
وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شا من الثمن
وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه احمد والبخاري
ومسلم وعن ابي هريره انه عليه السلام نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما
من ابيه الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان كان لا يضر بهم فلا
باس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال وبيع الحاضر للبادي لما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان
ولا يبيع حاضر لبادي فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لبادي قال لا يكون له سمسارا
رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر انه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لبادي
دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال
انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لبادي وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري
واحمد ومسلم وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر
لبادي رواه البخاري ومسلم والنسائي وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله
عنهما وفي الهدايه هذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البلد
وطمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن لذلك فلا باس به لانعدام
الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي السلعة فياخذها الحاضر ليبيعها له

قال عليه السلام لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه
الا ان ياذن له رواه النسائي انه عليه السلام

وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على سوم غيره
وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواهما احمد ومسلم والبخاري

بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال رحمه الله والبيع
عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض
الوجوه وهو السعي بان قعد للبيع او وقفا له وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا
وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا اشكال فان
الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو
نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد
الزوال على المختار وقد بيناه في باب الصلاة قال رحمه الله لا بيع من يزيد
اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم
منه سواء كان الاخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد والترمذي وعن علي
رضي الله عنه انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين
فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا
رواه احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت
احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته فقال لي رده رواه الترمذي وابن
ماجه وعن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين
الوالد وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي انه فرق
بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو
داود والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق
عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق
بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر
لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق فلا يثبت وله النهي عن التفريق
ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم
غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير

فلا يمكن دفع الضرر عنه الا على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر بالزام مع
الفدا المولى الجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره ولذا لا باس
بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان
يعتق احدهما وان كان فيه تفريق لانه انفع له من بقائه على الرق ولانه ليس بتفريق
معنى لان الحر يقدر ان يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان
اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه وتبعه
فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من بقائه في ذل الكافر وفي النهاية
هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا
فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستو بان
في القرب فان اختلف جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب
والام او الاخت لاب والاخت لام او ابوين بان ادعاه رجلان معا او عمه وخاله لان لكل
واحد منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد منهما استيناس خلاف الاستيناس بالا خر
وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين والخالتين او العمتين لاب وام او لاب ولا يكتفي باحد هما
معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه او يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم
بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام او الجدة عمه او خاله او احد
الاخوة او الاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب او لام لا يعتد بالابعد لان
شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم وينعقد البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه
من ايحاش الصغير او الاضرار باهل البلد او بالواردين اذ لبس السعر عليهم ونحو ذلك
على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز
في غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد وامر بالرد
في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى
محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند
الاذان وكبيع السوم على سوم غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخر
ممن باع منه احدهما قال رحمه الله بخلاف الكبيرين والزوجين حيث تجوز
تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان

صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى
المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة معها
بنتها فنفله ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك
يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين
ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله
عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امراة مسبية صبي
ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا تفرق بينها وبينه
لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة
الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التفريق لانهما اجتمعا في
ملكه فيعتبر مفرقا للتفريق ولو كان في ملكه صبي واشترى امة بشرط الخيار له ان
يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما
فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله اعلم بالصواب

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي
ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كالشكي اذا ازال شكواه ولا بد يصح
هذا لانهم قالوا اقلته البيع بالكسر فدل على ان عينه يا ولو كان من القول لقيل
قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها
لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيمة قال رحمه الله هي فسخ
في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعله فسخا
بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى
البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما
ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل
هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار
لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت
قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا

الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل
منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على
حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سمينا خلافه وقال
محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه
او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان
كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض بالاقل من الثمن يكون
فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان
فسخا فلذا اذا سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني
عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق
ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي
وهو البيع والعبرة للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع وترد بالعيب ويجب بها حق الشفعة
للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او يحتمله
ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته
ولا يحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد
لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار
باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة فيحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال رحمه الله
ويصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن
الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على
عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط العدم جواز
اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل
فيجعل مع
الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات
بالعيب ولا يجوز ان ينقص باكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر باحدهما
عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد رحمه الله يشترط ان يعبر

بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لم يكن فسخا ثم فايدة
كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسايل احدها انه يجب على
البايع رد الثمن الاول وما سميا بخلافه يكون باطلا والثانيه ان الاقالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا لفسدت والثالثه اذا تقايلا ولم
يرد البايع المبيع حتى باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع
جديد في حق غيرهما والرابعه اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل
القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تنفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع
قبل القبض والخامسه لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل
او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه
وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فايدته في خمس مسايل احدها لو كان المبيع
عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا
في حقه كانه اشتراه منه والثانيه اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا
ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك
لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثه اذا اشترى شيئا فقبضه
ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه
قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشراء
جديد من المشتري الثاني والرابع اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب
له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب
بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامس اذا اشترى بعروض التجارة
عبدا للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء ٥
واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد
في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في
حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير جاري على
اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس
العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط

زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل
عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى
رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه
ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب
بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد
ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا
لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد
كانه باعه من البايع بطعام غير معين وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول
او اجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البايع بمثل الثمن
الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه
مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية
او شرط او بعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه
بخلاف الاقالة والرد بعيب بغير قضاء قال رحمه الله وهلاك
المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع
العقد والعقد يقوم به وهو محله فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن
حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه
يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشي يعقبه
فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا بطل
البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال رحمه الله وهلاك
بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر
بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في
الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا بخلاف ما لو هلكا جميعا
لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الاقالة
بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة
صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحتها

الاقالة ولهذا لو كانا قايمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما ان
يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى
انهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد
هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع فيبطل
بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله اعلم بالصواب

باب التولية

وهي ان يجعل غيره واليا فكان المشتري
يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي
يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى
الثمن السابق والمرابحة والتوليه والوضيعة وهي البيع بانقص من
الثمن الاول قال رحمه الله هي اي التوليه بيع بثمن سابق والمرابحة به
وبزياده وهذا احسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد
حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجد جاز له ان يبيعه مرابحة
وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جايزان
شرعا لاجتماع شرايط البيع وليتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا
يهتدي الى التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها وتطيب نفسه
بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازها
ولما اراد عليه السلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له عليه السلام ولني
احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال رحمه الله وشرطهما
كون الثمن الاول مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التوليه ولا المرابحه فلا يجوز
الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه او به وبزيادة ربح معلوم يجب لا يجوز لانتفاء
الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك
البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان
المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار

والا فسد حما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما الا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم
لا يجوز فيه المرابحه ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرابحه والتوليه
والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله وله ان يضم الى راس المال اجر
القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف
جري بالحاق هذه الاشيا براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة
اذا تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به فهذا هو
الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز
يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن
وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار
وطي البير وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها
والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيا من ذلك بيده لا يضمنه وذكر في المحيط
انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجره السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا
فاكثرهم على انها لا تضم ولا يضم اجره الدلال بالاجماع ولذا ما هو سبب لبقايه الى وقت
كالطعام وفي المخزن يضم لانه تزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد
قال رحمه الله ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال
ولا يضم اجره الراعي والتعليم ولذا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولان
الراعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيا وثبوت الزيادة في التعليم
لمعنى في نفسه وهو ذكاه ودهنه ولا يضم حفر البير ويضم اجره من يذبح الحيوان
ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللولوة ولو زوج العبد لا يضم المهر الى
راس المال ولا يحط من الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض وا
والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفدا في الجناية
لان التجار لا يضمون هذه الاشيا الى راس المال ولانها لا تزيد شيا في العين
ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوجد في الطريق من الظلم لا
يضم الا في موضع جرت العاده بينهم فيه بالضم قال رحمه الله فان خان في مرابحة
اخذ بكل ثمنه او رده وحط في التوليه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف

لبيطار

يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانهما باشراء عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى
فيه كما لو باعه مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف
فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا
ولابي يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن
جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر الجناية لم يكن
ثابتا في العقد الاول فلا يكون اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غرامة في التولية
يحط قدر الجناية من الثمن لا غير وفي التولية يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط
ايضا من الربح بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما اصاب الجناية سقط معه وما

صوابه من الربح ايضا

اصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد
الاول من كل وجه فلا بد من تعديه بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا
في العقد الاول والمرابحة عقد مبتدا باشراه باختيارهما وليس مبني على الاول
فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا
بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بالمسمى ولانه لو لم يحط في التولية لم
يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتعين به التصرف ولو لم
يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم يتعين
التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك
المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره
عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن
كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الغائب
وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد ان المشتري يرد
قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على ان اصله في اقامة
القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي يوسف يحط فيهما كان وكذا
عند ابي حنيفة في التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ به وانما يلزمه
الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع

بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضيته التولية
ان يكون مثل الاول قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه بربح طرح عنه كل ربح كان قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باعه
بربح ثانيا بعد ما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه
مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين
ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة
ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم
اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على
العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي
ثم باعه الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على
الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما اخذه
بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له
من التوسع في مال الاخر بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين
في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد وامن بطلانه
وللتاكيد حكم الحصول الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا
يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل
ثالث لان التاكيد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا
وعشرين بعشرين درهما فصار العشرين بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب
شيئا فلا يبيعه مرابحة ولا يقول على هذا وجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل
الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا للثوب في العقد الثاني
حقيقة وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الجناية فيما بني على الامانة

وهو حق العبد ولا يظهر ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد
لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة بحالها حيث تجوز بالاجماع لانها ليست
مبنية على الامانة قال رحمه الله ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباع
من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى
المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر
يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته
ملك الغير والتصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر
عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن
لا غير لان الزوائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يخرج من وجه عن ملك ما كان له وهذا
لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينفي عنها كل تهمة وشبهة خيانة
والمسامحة بينهما ظاهرة اخذ فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر
خارجا عن هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال
التهمة واشتراط الدين على العبد لانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان
يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط
هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود
التهمة بينهما قال رحمه الله ولو ان مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثني عشر
ونصف لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصف لان الربح وهو درهمان سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن
فبقي اثني عشر ونصفه خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب لبايعه ودرهمان
ونصف نصيب المضارب من الذي دفع الدين رب المال بحكم انه الثمن فتم ما
خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثني عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال
زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد به ولحدهما
بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته

أي صح

بيان صحيحا

ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك
الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان البيع يتبع الفايدة لا الملك عينا وقد وجد
الفايدة ههنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف
فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به
حق ولهذا لا يملك رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن
فيها ربح ولذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة
العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما
في حق نصف الربح قال رحمه الله ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب
اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطي الثيب يبيعه مرابحة من غير ان
يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الفايت وصف وهو لا
يقابله بشيء من الثمن لمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب
قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن
او تركه ولذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطي ومعنى
ادا الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن ابي
يوسف في التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول
الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار ان
المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله
العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن
عنده ولا فرق فيها بين ان تحصل بفعله او بافة سماوية ونحن نقول ما يقابله
الثمن كله قايم فلا يبالي بذهاب ما يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب
المشتري لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا انتقص بتغير السعر وفي
نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا اذا انتقصه العيب شيئا يسيرا وان نقصه قدر
ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال رحمه الله وبيان بالتعيب
ووطي البكر اي بيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعييب
منه سواء كان ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه صار مقصودا

بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطء البكر تعييب العذرة جزء من العين فازالتها تعييب
لها فيقابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة
ما لو تعيب بآفة سماوية فيجوز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله في نفسه
هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان
انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس
العيب فلا بد منه بان يعين العيب والثمن من غير ان يبين له انه اشتراه سليما ثم
حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه السلام
من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا
ببيان فان لم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى
ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره
وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما من المعنى قال رحمه الله ولو اشترى بالف
نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل
فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى
شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة
او نقول ان الثمن المؤجل انقص في المالية من الحال ولهذا اجوز الشرع النسا في
الاموال الربوية فيكون ما اخذ من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له الخيار عند
علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن مؤجل يثبت له الخيار لان الخيانة
في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله
فان اتلف فعلم لزم بالف ومائة اي اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم
ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله
شيء من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع
قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه
الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا للجانب لعدم المالية
في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر الخيارات
من خيار الشرط والرؤية قال رحمه الله وكذا التولية اي التولية مثل

المرابحة

مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك والاستهلاك لا
خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك
ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم
بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر المختار
للفتوى ان يقوم الثمن بثمن حال وثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتفاوت
وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد
متعارف بينهم انه يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان
المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال
وان سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا
له ان يرده على بائعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن
اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر
يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا
فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما
كان والصحيح انه يفتى بالرد ان غره والا فلا قال ومن ولى رجلا
شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة الثمن جهالة تفضي
الى المنازعة قال رحمه الله ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في
صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة
واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كما
القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فلذا العلم
الحاصل في المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقديره الابتداء واما
بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا
يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه فان البيع فاسد فان اعلمه البائع
في المجلس صح والا فلا وانما خير لخلل في رضاه لان الرضا بالشيء لا يتم قبل
العلم به

فصل

قال رحمه الله صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لقوله

عليه السلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه
قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا
يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مفسد والتسليم فصار كالمهر وبدل
الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن
نقله ليصير هالكا حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك
بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل
القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال الغرر والانفساخ
بالاستحقاق قبل القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول به ان التصرف في
الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه ولذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل
القبض لما امن منه والفقه فيه ان المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز
عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل
على هذا قلنا انه يمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما ان
المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ولانها بمنزلة المنقول قال
رحمه الله لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه
السلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر
انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ
العقد فيتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غيره
المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر
على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف
وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض او ابنه وكان للبائع
حبسه بالثمن لان الكتابة تحتمل الفسخ فلم ينفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن
نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض او تصدق به او اقرضه
او رهنه من غير البائع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة
ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير
البائع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فيصير المامور قابضا له اولا بحكم النيابة

ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه لا يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع
قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز
لبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة
العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة
ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه الا
ترى انه لو زوج امته الآبقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانها لا يدرى احية هي
ام ميتة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو
باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة مجاز عن
الاقالة يقال هب لي ديني واقلني عثرتي بخلاف البيع قال رحمه الله
ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود
اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل والموزون بشرط الوزن او المعدود بشرط
العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض
لقول جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع
البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجة والدارقطني وعن عثمان انه قال كنت
ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل
رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض فاصل القبض شرط
لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك
للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف
ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجدها اكثر من كيل البائع بان كان له كاله
قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة
له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق
بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب
المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات
حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن

فيما بعضه وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير
واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن فيهما لا حد معنى
لتعين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذه كما في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل
والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام ٥
القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر
المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان
وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع
مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه
اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق
معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في
باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو
مروي عن ابي حنيفة واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف
ومحمد لانه ليس بمقدر الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول
ان المعدود المتقارب يساوي المكيل او الموزون فيما يتعلق به الفساد وهو
جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر
يرد الزائد وان وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني
على المماثلة بدليل توجيها وهذا اظهر ولو اشترى المكيل او الموزون شراء
فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في البيع
الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار
نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في
الايضاح وهذا الاستشهاد تنبيه على من شرط الكيل مرتين في المبيع ٥
قال رحمه الله لا المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد
القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر
فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا

اذا لم يـ

١٢٩

اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل
قال رحمه الله وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت
له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال الغرر بالانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه
في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة
وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه
ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف
جنسه او الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فنا
خذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بخلاف المسلم فيه لا يجوز بخلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع
المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف
في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير
من عليه الدين قال رحمه الله والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق
الاستحقاق بكله اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط من الثمن
وان يزيد في المبيع ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا
يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع ان يحبسه حتى يستوفي
الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر
والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع
الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلم يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ الا ترى ان الزيادة
في المهر لا تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا الحط الكل
لا يلتحق باصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا
انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه
خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلاه لازما باسقاط الخيار
او غير لازم باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع
بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح

التحق باصل العقد ولزم طلق ومولان وصف الشي يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله
تعالي ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي في فرضه بعد الفريضة
وهذا نص علي ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد لحكم المفروض في العقد
الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل علي انه يتنصف بالطلاق قبل الدخول
الا ما كان مسمي عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيا ثم اتفقا علي تسميته لا
يتنصف به وان كان واجبا وعلي اعتبار الالتحاق لا يكون الزياده عوضا عن
ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل
لاصله لانه ينقلب هبه او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة
بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق به يودي الي تبديله فلا يلتحق به ثم فايدة
الالتحاق تظهر في التوليه والمرابحه حتي يجوز علي الكل في الزيادة ويباشر
علي الباقي في الحط ويظهر في الشفعة ايضا حتي ياخذ بما بقي بعد
الحط وانما لا تلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما
لا يملكانه الا تري انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتي الفسخ وتظهر ايضا
فيما اذا استحق المبيع حتي يرجع المشتري علي البايع بالزيادة ولو اجاز المستحق
البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر ايضا في حق الفساد في الصرف
حتي لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد احدهما او حط ورد المحطوط
وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط فسد العقد
لانهما عقداه كذلك من الابتدا وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف
لا يجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتداة ولذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة
مبتداة حتي يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول
ابي يوسف وفي الحط تكون هبة مبتداة وتظهر ايضا فيما اذا زاد علي
المبيع حتي يصير له حصته من الثمن الحال حتي لو هلكت الزيادة قبل القبض
يسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولده من المبيع حيث لا يسقط
شي من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزياده المشروطه تبعا
للاصل في حق الثبوت ضرورة الصحه فاذا صحت زالت الضرورة فزالت

التبعيه وبقيت الاصاله في حق الالتحاق باصل العقد لانها كانت موجودة وقت
العقد فامكن تقدير ورود العقد عليهما فصارتا من العقد وورد علي الاصل وعلي
الزياده جميعا واما الزياده المتولده فمعدومه وقت العقد فلا يمكن تقدير ورود
العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد
فاذا قبضها صارت اصلا بالعقد لان للقبض شبها بالعقد فيصير لها حصة من
الثمن حتي لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن علي قيمة الاصل يوم
العقد وعلي قيمة الزياده يوم القبض ويظهر ايضا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم
زاد الزوج علي مهرها بعد العتق يكون الزياده للمولي ثم الزياده لا تصح بعد هلاك
المبيع علي ظاهر الروايه لان المبيع لم يبق علي حال يصح للاعتياض به والشي يثبت
ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط
في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزياده حال ثبوتها لم
يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق
لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقي لو اشتري جارية فقبضها فماتت فزاده البايع
جارية اخري جاز لان هذه الزياده يثبت مقابلة بالثمن والثمن قايم ولو زاد المشتري
في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع
يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع
ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه يتبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار
المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او نحو العصير
او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلي هذا
الخلاف في الزيادة علي مهر المراة بعد موتها وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن
المحطوط تبعا وصفا اما اذا كان تبعا فلا يلحق باصل العقد حتي لو اشتري دارا
بالف جياد فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي البايع بذلك فان الشفيع لا ياخذه الا بالجياد
ولذا لو اشتري دارا بعبد فاعور ورضي به البايع فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد
صحيحا ولا تجوز الزياده في المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة
لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجة بل تزيد في حاجته فلا تجوز

ولذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة من
المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة قال رحمه الله وتاجيل كل دين غير القرض اي
يجوز تاجيل كل دين غير القرض لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا ترى انه يملك
اسقاطها بالابراء فاولى ان يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل مجهول ينظر
فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد
جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك
هو يقول انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في سائر الديون ولنا ان القرض
اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي
والولي والمكاتب والعبد الماذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد
مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزمه التاجيل فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت
له ان يرجع قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده
يحرم النساء لا سيما اذا اتحدت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه
لصار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من
سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض فلان من ماله الف درهم الى سنة حيث
يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية
يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى انها تجوز بالخدمة
والسكنى ويلزم والله اعلم

باب الربا

قال رحمه الله
هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة
هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما آتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله
وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم
بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع
وحرم الربا واما السنة فما روي عن ابي مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه رواه ابو داود
واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة
والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن

زاد او

زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن عبد الله
بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم
ربا ياكله الرجل وهو يعلم اشد من ست وثلاثين زنية رواه احمد واجمعت
الامة على تحريمه حتى يكفر مستحله قال رحمه الله وعلته القدر والجنس يعني
بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم
بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس شرط
عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول
الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد
وجه الاستدلال ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة
لوجوب الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد هي
السرقة والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا
الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضمين خصلتين الاتحاد والنهي
مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة
مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل
على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته
وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس
به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها بها ولا اثر
للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن
الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحل يدور مع الشرط
كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة تؤثر في الحكم
دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط
وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه السلام خص بالذكر فيما
رويناه كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر بهما اجل فكان انسب
واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال ما وزن مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف
النوعان فلا باس به رواه الدارقطني ووجه التمسك به انه عليه السلام
رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم لما عرف
ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبي عن علية مأخذ الاشتقاق
لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثل بمثل بشرط الكيل او
الوزن مع الجنس والذي يدل على ذلك حديث ابي سعيد الخدري وابي
هريرة فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل
رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا فقال انا لناخذ
الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع
الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك
اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من اموال الربا وهو اقوى
حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم
وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي
الله عنهما انه عليه السلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع
بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع
وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال
انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا
لان الحقيقة انما تعم لامور زائدة عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها
في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبي عن التقابل
وذلك بالتماثل والمعتبر الشارع فاوجبه صيانة لاحد الطرفين عن
التوي وتبينها للمقابلة بالتسليم من الجانبين وهو المراد بقوله عليه
السلام مثلا بمثل فعند فواته تلزم الحرمة وهو المراد بقوله عليه
السلام والفضل ربا فيعلل بعلة توثر في ايجاب التماثل فتعين
القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون
باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار

بسوي

يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى لاستوائهما في المقصد الا ترى ان كيلا من بر
ساوى كيلا من بر او شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت
في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط
التساوي فيه يودي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية
والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات واهمها فسنة الله تعالى
في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة اباحها عند المخمصة
للحاجة ولذا اجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف
سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب في النفس
اشد جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه
اكثر فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد
الوضع ان يعد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم
فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت
انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب
تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك
فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الادمي
فعلم بذلك ان قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة
التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين
في محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في امها فكذا القدر
والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد
بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا
بمثل والتماثل يكون بالوزن والكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن
لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال
وما لا يكون من ذوات الامثال ليس من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون
محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة
والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال رحمه الله

قال يحرم التفاضل والنسا بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربوا
والنسا فقط باحدهما اي يحرم النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما
القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير والجنس دون القدر كالهروي
بالهروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر
والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد
وغيرهما من ايمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة
العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة
ويحرم لشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لانه يشبه الفضل وليس
بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال احدهما جزء العلة وبه لا يثبت
الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول احدهما علة
تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل
حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم
يجمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفتهما ووزنهما تختلف
اذ النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز الصرف
فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين
صورة ومعنى وحكما فلا يجوز النساء في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث
اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس المال ولو لم يجز
لكان ردا له بالراي وهو لا يجوز قال رحمه الله وحلا بعدمهما اي حل التفاضل
والنسا بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز
على ما بينا والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة الا ترى
ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل الله البيع فيجري على اطلاقه فيما لم
يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله وصح بيع
المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى
الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب

الى الرطل فقد ذكرناه وبينا احكامه واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء
وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان
فانه موزون غير انه لما لا يستمسك الا في وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات
في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالارطال والامناء فالكيل به دفعا للحرج فبقي
موزونا على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف
وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ومعناه انه اذا باع
ما يباع بالاواقي بكيل غير الاواقي سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بجنسه
بكيل لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل
لان الشيئين اذا استويا في كيل وجب ان يستويا في كيل اخر ايضا ولا تاثير لكون
الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الا
سبيجابي فايدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل
متساويا في الوزن يجوز وهذا احسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر
فيها الا الوزن غير انه يؤدي الى انه لا يجوز بالاواقي ايضا اذ لا فرق بين كيل
وكيل على ما بينا ولا بد في هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل ٥
قال رحمه الله وجيده كرديه يعني جيد مال الربا ورديه سواء حتى لا يجوز
بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه السلام عن ذلك فيما روينا من حديث
ابي سعيد وابي هريرة حين قال له الرجل انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين
والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم الحديث ولان تفاوت
الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا
قال رحمه الله ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وقال الشافعي
يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما
روينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث
عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه عليه السلام قال الذهب بالورق ربا
الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء
والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان

هذه البياعات لا يجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه ها اي خذ ه
والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض وهذا يشترط القبض
في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالموضوع منها ولقوله
عليه السلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في حق النقدين
والتعيين في حق غيرها لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما ومجاز في الاخر
وايهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما ثبت ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين
الحقيقة والمجاز لا يجوز ولانه يودي الى تعاقب القبض بان يقبض احدهما
دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان المقبوض مربه على غيره فيفوت
به التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو
التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه
ليتعين وتعاقب القبض لا يعد ربا وتاني المتعين بخلاف الحال والموجل
والمراد بما روي التعيين غير ان ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان
بالقبض وغيرها بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معني المشترك ولا بين الحقيقة
والمجاز واما شرط القبض في الموضوع من الذهب والفضة باعتبار اصل
خلقته وهو الثمنيه لان الثمن لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط
اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الاصل اذ
الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة قال رحمه الله وصح بيع
الحفنه بالحفنتين والتفاحه بالتفاحتين والبيضه بالبيضتين والجوزه
بالجوزتين والتمره بالتمرتين لان هذه الاشياء ليست بكيل ولا موزون
فلم تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد شرطيها وهو القدر
ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع
بمنزلة الحفنه لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات
الامثال هذا اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع
وان باع ما دون نصف صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز الا بمثل

لوجود المعيار في احد الجانبين فتحقق الشبهة وعلي هذا الوباء ما يدخل تحت
الوزن كالذره من ذهب او فضه مما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا
اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده
الطعام او الثمنيه وقد وجدت قال رحمه الله والفلس بفلسين باعيانهما
اي البدلان باعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما
وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا
اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتي كان له ان
يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكهما وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل
فلا يبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين يودي الي الربا
او يحتمله بان ياخذ بايع الفلس بالفلسين او لا فيرد احدهما قضا بدينه
وياخذ الاخر بغير عوض او ياخذ بايع الفلسين الفلس اولا ثم يضم اليه
فلسا اخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر بغير عوض يقابله
وهو ربا فصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والاخر بغير عينه
ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد
اصطلحا بابطال الثمنيه فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقا
اصطلاحهم علي ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم
بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتها باصل الخلقة فلا يبطل بالاصطلاح فاذا
بطلت الثمنيه تتعين بالتعيين فلا يودي الي الربا بخلاف ما اذا كانا بغير
اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يودي الي الربا علي ما بينا فاذا قيل اذا
بطلت الثمنيه وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس
موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح علي الثمنيه فاذا بطلت الثمنيه
عاد الي اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا
لان اصطلاحهما علي العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنيه بطلان العد
وكم من شي معدود ولا يكون ثمنا الا تري ان الاواني من النحاس او نحوه
غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في

اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف ان المعتبر في كونه موزونا او مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص لاستغنائه عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر اصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العدم بعد ورد بنا جواز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا انسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجري فيها احكام الاثمان في حقهما فكذا لا يكون عروضا ايضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيهما ان تكون عروضا لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف براي الكل **قال رحمه الله** واللحم بالحيوان وهذا عند **ابي حنيفة وابي يوسف** رحمهما الله **وقال محمد** لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون قدره متقابلا باللحم والزايد بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون **ولهما** انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهي الذكوة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى **فكسونا العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر** جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على وجه الاعتبار بان يحصل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى ۵ **قال رحمه الله** والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لان اختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا او قطنا ولذا الغزل والقطن موزونا والثوب ليس

بموزون

موزون ولو باع القطن بغزله **قال محمد رحمه الله** جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا **وقال ابو يوسف** لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزايد بالقطن ولذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن بشرط ان يكون الصوف او اللبن اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجي **قال رحمه الله** والرطب بالرطب اي بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب يعني متماثلا ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سيل عنه اينقص اذا جف قيل نعم لا اذا فافسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله عليه السلام في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى يزهي قيل وما يزهي قال يحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه به باول الحديث وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شيتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيا وما روي لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولين صح فهو محمول على ان السايل كان وصيا في مال اليتيم بنيه او وليا الصغير

[margin:] كما حين اهدي اليه رطب فقال او كل تمر خيبر هكذا روي انه عليه السلام

[margin:] بناه

فلم يرو عليه السلام هذا التفرق نظر اليه اذ هو مقيد بالنظر الاثري انه لا يجوز بيع
الجيد بالردي من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه
ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق
لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر
هناك بيناه ان الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما
بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل كذلك
ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من
اول ما ينعقد صورته لا قبله وهو عددي متفاوت وهو اول ما ينشق عليه
النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه ولهذا قلنا انه لا يجوز السلم فيه ولو باع
حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة جاز البيع ولذا لو
باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب مثله او باليابس منهما
جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر
المساواة في اعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب
بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره
جميعه ان التفاوت فيها انما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد
وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه
وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود
عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف لاطلاق قوله عليه
السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر
والشعير على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر
حتى منعه بما روينا من حديث يزيد بن عياش على ما بينا من قبل قال
رحمه الله واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل
الدقل بخل العنب وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم
والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها

الى بعض في الزكوة واسماؤها ايضا تختلف باعتبار الاضافة كدقيق البر
والشعير والمقصود ايضا يختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون
بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى
الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف
لحم الجاموس والبقر ولبنهما او لحم المعز والضأن ولبنهما او لحم العراب
والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر في تكميل النصاب في
الزكوة فلذا اجزاؤها فما يختلف المقصود لشعر المعز وصوف
الضأن لم يتبدل لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع
الخبز بالحنطة متفاضلا ولذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او
الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى حيث متفاضلا وانما جاز بيع
لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل
بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله
ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة قال
رحمه الله وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
وان كانت كلها من الضأن لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء
والصور والمقاصد قال رحمه الله والخبز بالبر والدقيق متفاضلا
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة
في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية
او الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر
حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر
ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتأخرة
لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر او السلم فيه فلا يجوز عند
ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج واما عندهما فقد
ذكر في النهاية معزوا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك
ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على

فيابس البيع بالخبز وهو لبقي المتعارف في الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره
ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف
يصح وزنا لا عددا لانه يتفاوت وزنا لا عددا عند ابي حنيفة لما ذكرنا
في باب السلم ان ... باب السلم ... حتى جاز السلم في الثياب
لم ... يكون الموصوف ... هو التفاوت وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا
للتعامل ويترك القياس ... لا ... وقال ابو يوسف يجوز بالوزن
دون العدد ... بالتعامل ... بالوزن وعليه الفتوى
قال رحمه الله لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز بيع الحنطة
باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان ...
... فيجوز للشبهة الربا لان احدهما بر والاخر اجزاؤه او احدهما دقيق
والاخر اجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والجمع
... لا يصير جنسا اخر فيثبت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة
يكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم غير ان المعيار فيهما الكيل
وهو غير مسو لهما الا ترى ان البر اذا طحن ... عليه ... الزيادة
كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم
بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو غير مسو لهما فامكن
التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا
لاتحاد الاسم والصورة والمعنى فيه يثبت المجانسة من كل وجه
ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال ابو بكر محمد بن الفضل
انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق متفاضلا لاتحاد الاسم لاتحاد الاسم
والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة اذا كانا مكبوسين وان كانا
غير مكبوسين او احدهما لا انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق ...
ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق لا متفاضلا ولا متساويا
عند ابي حنيفة وقالا يجوز كيفما كان لانهما جنسان مختلفان ٥
لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له

الاخر

الاخر وهو امارة للاختلاف غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالاخر نسيئة لان القدر
يجمعهما ولابي حنيفة انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة ولهذا لا
يجوز ان يباع بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم التسوي ولذا لا يجوز بيع احدهما
بالاصل للاخر بالاصل الاخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الحوار لا
يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج
من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل الاخر ومعهما على ما بينا وكالبر
العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر الا متساويا ومجرد اختلاف ف
الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض الانسان يختص باسم
كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقليه بالمقليه
والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس ٥ قال رحمه الله
والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتو ن
والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر ليكون
قدره بمثله والزايد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى لاعتبار ما في ضمنها
وان اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالدهن
فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الاخر كان الثجير بلا عوض ربا بل
فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل
هو الجواز والفساد طارئ عند فساد وجود الفضل الخالي عن العوض
فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمتحقق الا ترى ان ما يروى
عن جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل
المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه عليه السلام انه نهى
عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه دعوا
تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا
يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا
نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل
على هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه

خلاف

الاعتبار بان يصرف كل جنس الى جنسه قلنا ذلك يتاتى في المنفصل خلقه
دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل
شيء لثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم
يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب او تراب الفضة اذا بيع
بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب والفضة اكثر مما في التراب لان
التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء حتى لو جعل فسد لربا الفضل
قال رحمه الله ويستقرض من الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي
يوسف وعند محمد يستقرض منهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما
وقد بيناه من قبل قال ولا ربا بين المولى وعبده لانه وما في
يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق رقبته
وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى
عند ابي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى
عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين
لان له ان ياخذ كسب عبده المديون بعوض بعد له استخلاصا بغير
شراء فيجعل اخذا بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم
يرد الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربا حتى لو
اخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف
المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب فالمكاتب كان
لا ربا بينهما لان المكاتب مالها ولذا شريكي العنان اذا تبايعا من مال
الشركة وان كان من غيره لم يجز قال رحمه الله وبين الحربي والمسلم
ثمة اي لا ربا بينهما في دار الحرب ولذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار
الحرب فهو جائز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد وهذا
العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع
المستامن منهم في دارنا ولهما قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي

في دار الحرب

في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه
التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه
برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ
تاثير الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان المال في حق الحربي
زايلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال
مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محصورا بعقد
الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم
عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في
موضعه والله اعلم بالصواب ∴

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشراء بيت وبشراء منزل الا بكل حق هو له
او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ودخل بشراء دار كالكنيف اي لا
يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل
لا يدخل الا ان يقول بكل حق له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه
وبشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لان
البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله
ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير
عليه الحد ودون الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف
والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت
لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله
مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبهة بها
فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل
من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب
على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو
في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى
خانه سواء كان صغيرا او كبيرا فانه يقول بنا ول العلو والسفل

والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف
اهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما ادير عليه الحايط والكنيف منه فيدخل
بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل
لانه يعد من الدار عادة ويدخل بير الماء والاشجار في صحنها والبستان فيها
لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا
بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من
الدار عرفا فصار تبعا لها ٥ قال رحمه الله لا الظلة الا بكل حق اي لا
تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق او نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما يدخل من غير شيء لما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع
الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة انها خارجة عن الحدود مبنية على هواء
الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها
عليها وليست تابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على شيء اخر فصارت
تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملا بالشبهين
قال رحمه الله ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف
الاجارة اي لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل حق او نحوه
بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة من وجه من
حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور
وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في
المبيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشراء
للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد
للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع به
بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل
اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها ٥
تصحيحا لها الا ترى انه لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فيتعين
الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج

ذكر صح

فيه وقدر

فيه وقدر الحمام تدخل لانه مركب بالبناء ولو اشترى رحا يدخل الحجر الاسفل لانه مركب
ولذا الاعلا استحسانا والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار
والحجر الاعلا هو الدوار والله تعالى اعلم بالصواب ٥

باب الاستحقاق

قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة
الا بقضاء القاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه
لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال
والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه ان يحكم
بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق
والنسب مبناه على الخفا فيعذر في التناقض لان النسب ينبني على العلوق والطلاق
والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله مبيعة فاستحقت ببينة
تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها
فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البايع بالثمن عند استحقاق
المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر
وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا
لا يرجع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر
على انشاء الملك للحال فيجعل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون
على اثبات الملك بشهادتهم للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون اظهارا
للملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع
لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال
اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم لانه
منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه
المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال رحمه الله وان قال عبد لمشتر
اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة
معروفة فلا شيء على العبد والا رجع المشتري على العبد والعبد على البايع بخلاف
الرهن يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن

وللقاضي صح

ولدت صح

على العبد بحال سوآء كان الراهن حاضرًا او غايبًا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
يرجع في الفصل الاول ايضًا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالحوالة فلم يوجد واحد
منهما فصار كمسلة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبده ولم يزد على ذلك
وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرًا او غايبًا كالرهن تحقيقه
انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبًا والامر بالشرا وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان
ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه امن او قال
له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب
بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المغرور بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامه
المشتري عند تعذر استيفايه من البايع لانه انما اقدم على الشرآء معتمدًا على كلامه
فصار بذلك بمنزلة المغرور من جهته والغرور في المعاوضه يجعل سببًا
للضمان دفعًا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامه العوض
فاذا ظهرت حرية الاصل واهليه الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البايع لو
هو
اخذ بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة
فبايعوه فلحقته ديون ثم ظهر انه حر او استحق رجعوا بقيمته بحكم الغرور ردفعًا
للضرر عن المغرورين فجعل المولى كانه ضمن له سلامة المالية منه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانًا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس
معاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير استيفاء لعين حقه من غير
ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في موضع لا يجوز فيه المبادله كثمن
الصرف وراس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانًا ٥
للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر
بالاكل والسلوك او كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة
وامر الاجنبي لا يعبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا اشترني او قال انا
عبده ولم يزد عليه لان الحر يشتري تخليصًا كالاسير وقد لا يجوز شرا
العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المغرور بالعبودية
يرجع بذلك على الامر لانه قضا دينًا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعًا

لمعير الـ

لمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسله على
قول ابي حنيفة رحمه الله فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون
العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحه الدعوى فكيف تقبل بينته على الحريه بعد
اقراره بالرق قلنا قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها
ليس بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين امه في حرية الاصل
فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط
كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعًا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد
المغرور يكون الدعوى فيه شرطًا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى
وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارية لانها حق العبد
وهو الصحيح لان التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيما الخفا الحال عليه
فيعفي التناقض فيه اما الحرية الاصليه فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية
ابويه او يحرر به احدهما باسلامهما او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم
تبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحريه فيعذر في التناقض كالمختلعة تقيم البينه ان زوجها
طلقها ثلاثًا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة قال
ومن ادعى حقًا في دار اي مجهولا فصولح على مايه فاستحق بعضها لا يرجع بشي لان
دعواه يجوز ان يكون فيما بقي وان قل فما دام في يده شي لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق
كلها لانا تيقنا بانه اخذ عوض ما لا يملك فيرده ودلت المسله على ان الصلح عن معلوم
على مجهول جايز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرنا ٥
في الابرا عن كل عيب ودلت ايضًا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان
دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعا حتى لو اقام البينة على هذه الصورة لا تقبل
بينته الا اذا ادعى اقرار المدعا عليه بذلك فحينيذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح
بخلاف البينه وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار ودعوى المقدر
من الدار لانه معاوضه او لا فتدا اليمين والمعاوضه لا تجوز في المجهول فلذا اليمين
لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد تكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل
به وهذا اذا لم يقدر الحق بشي فان قدره بجزء معلوم بربع مثلا او نصف لا يرجع

وامّا في العتق الطاري فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض صح

عليه ما دام في يده ذلك القدر وان بقي اقل رجع عليه بحساب ما استحق منه **قال** ولو ادعي كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح علي ما بيده وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شي تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض **قال رحمه الله**
ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه او يجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقي المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا علي الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف وبيع الطلاق والشرا لا يتوقف علي الاجازة اذا وجد نفاذا علي العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشرا العبد والصغير المحجور عليهما **وعند الشافعي رحمه الله** لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا يجوز ٥ باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فيلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف علي الولاية كما تتوقف علي الاهلية والمحلية **ولنا** حديث عروة ابن ابي الجعد البارقي ان النبي صلي الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له شاة فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشتري التراب لربح فيه رواه البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابي ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلي الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشتري له اضحية فربح فيها دينارا فاشتري اخري مكانها فجاء بالاضحية والدينار الي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله صلي الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصرف صدر من اهله في محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجد وليس فيه ضرر علي المالك لانه مخير فاذا راي المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مونة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين لصون كلامهما عن الالغا فتثبت القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع علي ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضي بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من

صديق

صديق متفضل نصوح يري لاخيه مثل ما يري لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا مجرد السبب فاذا لم يفد الحكم فلا يعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غير مالك فيلغو قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللايق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللايق به ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا اخلي حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة قد يتاخر حكمها لعارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين انعقد ويوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الي شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر الوجوب في حق المسافر والمريض ولا يلزم علي هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او هو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا مجيز لها حالة وقوعها لمحضها ضررا عليه الا تري ان الولي لا يملك انشاها فبطلت بعد ذلك لا تعود صحيحة حتي لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع بغير غبن يتوقف حتي لو اجازه الولي او هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع المبيع قبل القبض والابق لا يجوز للنهي الوارد فيه فكذا هذا بل اولي لان الابق والمبيع قبل القبض ملكه وقع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولي قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الابق في رواية حتي لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا او المراد بما روي انه عليه السلام نهي عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها له فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشيا ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين

بيان لتصحيحها

نا البيع عند الانسان اي ما لا يملكه كما في ... بيع المبيع قبل القبض وبيع الابق ثم اذا باع المبيع

قدين والمعقود عليه

بالتعيين فصار كالبيع فيشترط بقاؤه واذا اجازه المالك كان الثمن مملوكا له اما
انه في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد
الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ
قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر
محض فلا ترجع الحقوق اليه ولذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي
عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من ان
الثمن يكون للمالك فيما اذا كانت دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض
للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان
العوض متعينا كان شراء من وجه والشرا لا يتوقف بل ينفذ على المباشر
ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير اجازته
في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع اذا كان مثليا والا فقيمته
لانه لما صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشرا فيجب عليه
رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جايز ضمنا وان لم يجز
قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة على عبد الغير صح ويجب قيمته
عليه لان النكاح على العبد مشروع فينعقد ومن ضرورته يصير قرضا فكذا
هنا واعتبار جانب الشرا اولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل
لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو
خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق
الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجري على اطلاقه في غير موضع
التهمة ولو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه يتوقف
على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي والاب اذا
توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه
لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت
امة بغير اذن مولاها وكان قد وطيها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى
ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على

موقوف

موقوف فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطي ابيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشرا ايضا
مثل ذلك فان باعه المولى ممن لا يحل له وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو
اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رحمه الله اولا
وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الا جازة
لوقوع الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله وصح عتق
مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه
المشتري فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه
وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد
قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولي موقوف على ما
بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق
الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق فان المصحح
للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق
ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان
الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى
الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول ولذا لو اعتقه المشتري
والخيار للبائع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه ولذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه
ثم اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى
يصح بيع المكاتب والماذون له دون عتقهما ولذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى
الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا ولذا لو باعه
الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل
عتقه لما بينا ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع ولا ضرر
فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري
من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من
الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجازة الغرما البيع او اعتاق الوارث عبدا
من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم قضى الدين او ابراء الغرما منه فانه ينفذ عتقه

وهذا لان العتق من حقوق الملك والشيء اذا توقف توقف بحقوقه بخلاف اعتاق
الغاصب بنفسه لان العتق لم يوضع لافادة الملك لكونه معدوما محضا وانما يملك
ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب
مثبتا للملك في الحال ولا سببا لم يتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حتى لو بل هو
سبب له ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع
خيار البائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع في انعقاده في حق الحكم
اصلا فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق
محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم
بلا تراخ والتراخي انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك
والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه
موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا
اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك
المشتري يثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق
فكذا ما يثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقا لسبب
مطلق وهو الشرا فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه
بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص
لا يكتفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع الا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون
العتق وانما بطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع
الاول لانه بالاجازة يثبت للمشتري الاول وهو البيع الثاني ملك بات فاذا
طرا على ملك موقوف لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك
الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشتري
من الفضولي لوجود الملك البات فيه للمالك بل كان هذا اولى بالامتناع لان
البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فاولى
ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع او الرفع انما
يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق

المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي
فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي
عاقد فوقع التعارض فيرتفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان
المغصوب بعدما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على الملك الموقوف الملك البات قلنا
ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في
محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى
ان عند **محمد رحمه الله** بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية ومكان
الاعتاق حاصلا في ملك الغير **وعندهما** ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على
سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت الاجازة
لدفع الضرر والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات
الضارة **قال رحمه الله** ولو قطعت يده عند المشتري فاجيز فارشه
للمشتري اي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش اليد
للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه
وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او ولد او عقر قبل الاجازة فهو للمشتري
لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوايد
كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى ولهذا
اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من
استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل ومع الخيار للبائع
لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن
قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما
يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوايد **قال
رحمه الله** وتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود
حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه
ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر
نصف الثمن لان ارش اليد قائم مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة

في الحق نصف البدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد برد العبد لم يقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة على اقرار البايع بان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسئلة الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقد اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشرا ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته ولو اقر البايع في مسئلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان بامره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه برئ بالتصادق وعند ابي يوسف رحمه الله له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع وهذا بنا على ان ابرا الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البايع الفسخ فسخ القاضي

بطل البيع صح

البيع بينهما لانه يثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تاخير الفسخ فيحلف المالك على انه لم يامره ثم يوخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضا على الغايب بفسخه وللبايع ان حلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن البايع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البايع واقام بينة على اقرار المالك بانه لم يامره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصل فيه فيمنع بالتناقض وبعد موته نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضا فكذا نايبه ولو ورثه البايع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله مناقضا بخلاف شريكه البايع حيث يكون مناقضا لمشتريه ان يحلفه بالله ما يعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد ورجع المشتري على البايع بالنصف وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر ولو انكر لغا قول الامر حتى يقيم الاخر البينة على ملكه ولغا توكيل بايعه في خصومته لئلا يصير البايع ساعيا في بعض ما اوجبه قال رحمه الله ومن باع دار غيره فاخذها المشتري في بنايه لم يضمن البايع ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنايه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البنا في ذلك والله اعلم بالصواب

ساعيا بيان

باب السلم

وهو يعني السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون

البيع بينهما

عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد
بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره
وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الا ترى الى ما روي انه عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة
واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل
فيه اطول اية وتلى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه
وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور
التسليم لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال رحمه الله
ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال
صلى الله عليه وسلم من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام قال
وما لا فلا اي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا
يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز
كسائر الديون قال رحمه الله فيصح في المكيل والموزون المثمن لما روينا ولما بينا من
المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما اثمان وليسا بمثمن حتى لو
اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا
لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل
تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول
عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل اوجبا
العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه في تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد
فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما كالدراهم
في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر بانفراده يحرم النسا
ولو اسلم في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي عن
اصحابنا انه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا

لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدي عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن
راس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه
دين في الذمة والمؤدي عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدي فيه بدلا
عن الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا
يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله والعددي
المتقارب كالجوز والبيض لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل
والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت
ولهذا يستوي قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان
لان احادها متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت احاده في
المالية ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه
عددي ليس بكيلي فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح
عددا ايضا لانه يؤدي الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان
كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة
وبالعد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما ايهما كان اذا كان يعرف
قدره بهما قال رحمه الله والفلس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه
وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح
فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما
ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر العدديات وهذه المسألة مبنية على ان
اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما
ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين
قال رحمه الله واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم لان احادهما لا يختلف
اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الالة قال والذرعي كالثوب ان
بين الذراع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا
يؤدي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه

يصح بيان

مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله لا في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه السلام استقرض بكرا ورده رباعيا ولانه بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة يسيرة فلا يفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن ويتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالجياسة وحسن الخلق والخلق والبصيرة والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم

والناس الف منهم كواحد وواحد كالالف ان امر عنا

وقد ترى اذ يعدل الالف زايدا والعبد تراهم لا يساوون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يودي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الحلقات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالة فاذا اتحد الالة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يبض وما روي انه عليه السلام استقرض بكرا فالمراد به عليه السلام استعجل في الصدقة ثم لم تجب الصدقة على صاحبها فردها رباعيا واستقرض لبيت المال لانه لا يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي انه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل كان قبل نزول اية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النساء او كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري الربو بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل قال رحمه الله

ويدخل فيه جميع انواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل واطرافه يعني لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرأس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساوي له فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فبقي معتبرا يؤدي قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رحمه الله

والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه ولذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما الا ان يبين ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداة فحينئذ يجوز

التركوه صح

السلم فيهما لامكان ضبطهما ولذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله والحطب حزما والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله والجوهر والخرز لان احادهما متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به قال والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع الا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال حتى تحمر وقال اذا منع الثمرة فبما يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البايع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وفي لفظ حتى تبيض وتامن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جايز ولا يمنع احد بيع مال معين منقطع به في الحال او في المال وقوله عليه السلام بم يستحل احدكم مال اخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي حلول الاجل بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن ايدي

هما

بشرط بيان

ثم

السلم فيه

الناس بعد المحل قبل ان يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد واخذ
راس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد راس ماله
للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم
المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير فيه كما اذا ابق العبد المبيع قبل القبض
بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف وبخلاف ما اذا اشترى
بالفلوس شيا وكسدت حيث يبطل البيع به لانها تفوت اصلا ولا يرجى زواله
ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم
اوانا معلوما فيتخير قال رحمه الله والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك
الطري لانه ينقطع عن ايدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد
لا ينقطع فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفه
رحمه الله انه لا يجوز في الحار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نوع
عظيمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله وصح وزنا لو مالحا اي لو كان
السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع
عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه
وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا
وفي الكبار وايتان قال رحمه الله واللحم اي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند
ابي حنيفه رحمه الله وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وقدره
كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الفخذ مايه رطل لانه موزون مضبوط ولهذا الوصف صح
يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح الا في ذوات
الامثال ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالاليه وشحم البطن بخلاف
لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم
لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوا وتضمن الاليه العظم ولابي
حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف
فصول السنة مما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن
عظاما غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يامره بالنزع والبايع يدسه

فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الوضع وذكر الوزن فصار كالسلم
في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الاليه فانه معلوم ولهذا لا تجري فيه
المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين
لا ينتفي الحكم بانتفاء احدهما لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من
ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذلك لا يجوز استقراضه ولين سلم فيها
فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف
الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في
اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه
والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله وبمكيال او ذراع لم يدر قدره اي لا يجوز
السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي
الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم
فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد ذكرناه في اول البيوع وفي
الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان
كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء
المتعامل فيه كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف
قدره لا يجوز السلم به في ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به
لبيان القدر لا للتعيين فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس او
التجويز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع ان كان يجب تسليمه
في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط
ويفيد فيه استثناء قرب الماء قال رحمه الله وبر قرية وتمر نخلة بعينها اي
لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة سماوية فلا يقدر على تسليمها واليه
اشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت
النسبة لبيان النوع بان كان له نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا
يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله وشرطه بيان الجنس
والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الى

شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط الجواز لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالعين والمعنى فيه انه معارضة مال بمال فيكون فيه الاجل جايزا ترفيها لا شرطا كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل داري فالبدخل غاض البصر حتى لا يجوز ان يدخلها الا وهو كذلك ومن قال من اراد ان يصلي فليتوضا وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيما به سبب القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالابق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر ههنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل والحصاد فاسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل ليسلم مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز

استبداله

استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم ان يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لرفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باوكس ولا يقدر على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليها وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال رحمه الله واقله شهر اي اقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد رحمه الله لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه اجل الا ترى ان المديون اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة ايام رواه الطحاوي رحمه الله عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي رحمه الله انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التاجيل في مثله وان اجل فيه قدر ما يوجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى قال رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود اي شرطه بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس

المال إذا كان معينًا لأنه صار معلومًا بالإشارة فلا يشترط إعلام قدره كما في الثمن ٥
والأجرة والمذروعات والمعنى فيه أن معرفة العوض إنما يشترط احترازًا عن المنازعة
وجهالة قدره بعد التعيين بالإشارة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط
معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولأبي حنيفة رحمه الله أن جهالة قدر رأس المال
قد تفضي إلى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبًا فيرده ولا يتفق له
الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره
ليبقى العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وإن كان موهومًا
ألا ترى أنه لا يجوز بكيل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولأنه ربما
يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج إلى فسخ العقد بعدما أنفق رأس مال السلم فيفسخ
ولا يدري كم يرد فيفضي إلى المنازعة أو إلى الربا فيجب التحرز عن مثل موهوم لشرعه مع
المنافي إذ هو المعدوم ألا ترى أنه عليه السلام قال إذا منع الله الثمرة بم يستحل مال
أخيك بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا لأن الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه
ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه ويتفرع
إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر
شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لا ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي
تعرف بالحزر فلا يكون معلومًا أو أسلم في جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم
ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لأن رأس المال لا
يكون معلومًا بمعرفة قدر بعضه إذ لا يعلم ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود
هنا ما لا يتفاوت آحاده لأنه حينئذ يتعلق العقد بقدره لأنه من المقدرات

قال رحمه الله ومكان الإيفاء فيما له حمل من الأشياء أي شرط جوازه بيان مكان المسلم
فيه إذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس بشرط ويوفيه
في موضع العقد لأن التسليم موجب العقد فيتعين له وجوده كما في البيع ولهذا وجب
تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكان البدل الآخر إذ العقد يوجب ٥
المساواة لأنه السبب الموجب للأحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له
موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له مكانًا آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لأنه

يوافق الد

يوافق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد لأن
المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد إذ العقد لا
يقتضيه أو يكون إجارة في بيع فيكون مفسدًا للنهي المعروف عن صفقتين في صفقة ورب
السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك
البائع وذلك غير مفسد ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيعتبر ضرورة كأول أوقات
الإمكان في الأوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والإتلاف ولأبي حنيفة
أن تعين مكان العقد إما بالتعيين صريحًا أو ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال
ولم يوجد إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلًا فيكون التسليم مؤخرًا ضرورة بخلاف
البيع والإتلاف والقرض والغصب لأنه واجب التسليم في الحال فتعين موضع
وجوب السبب ضرورة ولأنه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان
المبيع في بيع العين ولتعيين مكان العقد فيما إذا عقد في لجة البحر وفساده لا
يخفى فإذا لم يتعين ولم يعينا مكانًا آخر بقي مجهولًا جهالة فاحشة فيؤدي إلى المنا زعة
فيفسد كاختلاف الصفة لأن قيمة ما له حمل ومؤنة يختلف باختلاف الأماكن كما
يختلف باختلاف الصفة ألا ترى أن الحطب في المدن أغلى منه في القرى ولهذا قيل إن
الاختلاف في بيان مكان الإيفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل
على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه إلى ذكره فكان
اختلافًا في موجب العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في البدل وعنده قضية الشرط
حتى لو احتاج فيه إلى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والأجل وعلى هذا
الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة إذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة
مؤجلة بأن اشترى شيئًا أو استأجره بحنطة في الذمة أو اقتسما شيئًا وجعلا لأحد هما
كيلًا موصوفًا في الذمة إلى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء في الصحيح حتى
يفسد إذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين
المستأجرة وفي موضع القسمة إذا عين مصرًا جاز لأنه مع تباين أطرافه كبقعة
واحدة في حق هذا الحكم لأن قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد
ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان وكذا

لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله ان يعمل في اي مكان شاء وقيل
هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما تبلغ نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا
ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط ان يوفيه في منزله جاز
استحسانا والقياس ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه
الاستحسان انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه في
منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشترط الايفاء فيه وقيل لا
يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الايفاء وهو يتصور بدون الحمل
فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز
لانه يملكه بالايفاء ثم اشتراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله
وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة سواء بينا
مكان الايفاء او لم يبينا ش لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد
تعيينه فيلغوا وقيل اذا لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد ه
عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير
والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق فيعتبر لحاصله
ان فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما اشبههما لا يحتاج فيه
الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع وان اختلفت روايته في التخريج في اي مكان
يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله وقبض راس مال السلم قبل الافتراق
اي شرط جواز السلم قبض راس المال قبل ان يفترقا والمراد بشرطه بقاؤه
على الصحة لا ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل
الافتراق لان السلم ينبئ عن اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق
ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق
في ذلك بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم
الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه لينصرف
فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه
يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط

بلغ

يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه
قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في السلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين
في الذمة فكل ما رده عليه بخيار الرؤية اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف
خيار العيب في راس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان اذا كان مما يتعين بالتعيين
لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف
الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق
بعد القبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل
لحق المالك فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع
انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط خيار
الشرط قبل تمام الافتراق جاز اذا كان راس المال قائما عند اسقاط الخيار والا فلا
لان الاتمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر رحمه الله وهو مبني على قاعدته ان
العقد وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها
في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان
الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام راس المال اعلام جنسه
ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله ان
يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله فان اسلم مائتي
درهم في كر بر مائة دين عليه ومائة نقد فالسلم في الدين باطل اي في حصة
الدين لانه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض راس مال السلم في
المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا في الكل
ولهذا لو نقد ما بين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل
بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع ه
عبدين فهلك احدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف
ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن
فيكون في العبد بيعا بالحصة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف اليهما
كما ذكر في الكتاب او يضيف الى مائتين مطلقا ثم يجعل المائة من راس المال

قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو لون الفساد طاريا اذ
الدين لا يتعين باضافة العقد اليه الا ترى انه لو باع عينا بدين ثم تصادقا ان لا
دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تباعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا
دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك هذه المائة
والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط
تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف
ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له على اخر مائة
درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في اكرار معلومة لا يجوز في الكل ما حصة
الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فللجهالة بما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر راس
المال وقد بيناه وعن زفر رحمه الله ان السلم في الكل باطل في الجنس الواحد
ايضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا
لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين
الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم واما ما فيه بن عباس رضي الله
عنهما قال رحمه الله ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة
او تولية لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز
على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه
يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى الى قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او
راس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي
التولية يملكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له
شبهة بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع فاخذ
حكمه قال رحمه الله فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيئا براس المال يعني
قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا
سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان

ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا
لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان لو نوديا لا ينافي ان
يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فاخذ
حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولبن الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم
راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله
بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان
الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا اجاز ابراءه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر
والشافعي رحمهما الله تعالى يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي
راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه
قال رحمه الله ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح
وصح لو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان
صفقة بين المسلم اليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم اليه وبين السلم كلاهما
بشرط الكيل فلا بد من قضا للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه
رب السلم بقبضه من البايع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا امره
المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلذا جاز والاصل فيه
ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري ومحله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي فيه
بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل بيع المسلم اليه مع رب المال سابق على شرا المسلم
اليه من بايعه فلم يكن المسلم اليه بايعا لرب السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت
النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق بدل على المسلم فيه
حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال
المسلم فيه بجنسه جايز الا ترى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال
بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فيثبت انه بيع جديد بعد الشراء فوجب
الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا فامر
المقرض بقبضه قضاء بحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى

ينعقد بلفظ الاعارة نكان المقبوض عين حقه يقدر برًّا فلم يكن استبدالًا ولو كان استبدالًا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسية فلم تحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه لتم لنفسه من غير اعادة كيل قال رحمه الله ولو امره رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غايب لم يكن قضاء بخلاف المبيع يعني لو دفع رب السلم الي المسلم اليه ظرفا مثل الغرايس مثلا وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قضاء ولو كان مكان السلم مشتري بان اشتري برًّا معينا ودفع المشتري الي البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البايع والمشتري غايب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا في الظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع هيئا الي المدين وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح فالمشتري ملك الطعام بنفس الشرا فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البايع وكيلا في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا اكتفي بذلك في الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن او بالقايه في البحر ففعل يكون علي الامر في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم علي المامور لما قلنا فان قيل البايع لا يصلح ان يكون وكيلا للمشتري في القبض حتي لو وكله بالقبض قصدا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور ان يكون وكيلا له هنا قلنا انما صح امره لكونه مالكا له فصار وكيلا له ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلي بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشراء ان يكيله ويجعله في ظرف البايع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا للظرف من البايع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البايع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع

لصايع فضة

لصايع فضة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا له باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتيقن برضاه به حتي يكون شريكا له وعن ابي يوسف رحمه الله يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدا بالعين لانه لما كان الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البايع قابضا له لما قلنا ولما كال العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد رحمه الله يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق علي ملك البايع وصار مستعيرا للظرف ولما كال العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضي خان وذكر صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما ان شا نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رحمه الله ولو اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت او ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة علي حالها ولم تبطل بموتها في الاولي وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ووجب علي المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقا العقد وهي تبقي ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء ولذا تبقي بعد الهلاك لان البقا اسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها

مها

وان بدا بالدين لم يصر قابضا ٥ صح

كما لو تقايضا عبدًا بجارية ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ويجب رد الباقي منهما وجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال رحمه الله وعلسها اشتراها بالف اي عكس مسئلة السلم شرا الجارية بالف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيهما هي الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء احدهما فالحاصل ان هذا الجنس منقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او كلاهما او هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما ان يردا غيره بعد التقابل قال رحمه الله والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الآخر لم نشترط شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة ان يقول لو اسلم دراهم الى رجل في حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت

في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس مال السلم وهو اقل من المسلم فيه عادة فوجب ان يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال عادة وان جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم يزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على شرائطه لان شرط الشيء تبع له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره للاجل بعد ذلك رجوع منه عما اقر به فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لا يمكن كل منهما من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وانت صغيرة وقالت هي تزوجتني وانا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه فاذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا

من قبل وأما الاستصناع فللإجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا
هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه
السلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهو استحسان والقياس أن لا يجوز
لأنه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به لما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول
الحمام والاحتجام بأجر وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وإن
كان القياس يأباه للجهالة لأنه لا يعرف قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو
يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم إذ لا يعتبر القياس بمقابلة الإجماع أو النص
وقد قال عليه السلام لا تجتمع أمتي على الضلالة ولا يشكل هذا على أبي حنيفة رحمه الله في
المزارعة فإن التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لأن الخلاف فيها
كان موجودا في الصدر الأول ولم يجز التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم إنما
يجوز إذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما إذا
اجتمعت فيه شرائطه ثم الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد إنه وعد
وليس ببيع وإنما ينعقد بيعا إذا أتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل
واحد منهما وجه قول الجمهور أن محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان
وفصل بين ما فيه تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة
تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا
يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة
المستحاضة وعليه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا إذ كل أحد لا
يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق إصبعه ولا يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله
بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البردعي
المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد
به دليل على أنه هو المعقود عليه والأديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت
أحدهما والأول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته
أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن
يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله ولذا محمد رحمه

رحمه الله قال إذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سماه شراء وأثبت
فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت إلا في العين وإنما يبطل بموت أحدهما لأن الاستصناع
شبيها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت
أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل
ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبل التسليم لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل
يستوفي من تركته والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على
التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء
بيع انتهاء والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا
توفيرا على الأمرين حظهما فإن قيل إذا اعتبرتم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب
أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يجبر قلنا الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر
لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا
البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى
ما لم يره على من قال بالتخيير ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة
في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله وله الخيار إذا رآه أي للمستصنع
الخيار إذا رأى المصنوع لأنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في
إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذ المسلم فيه
دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهنا يفيد الفسخ لأنه يتعين بالإحضار
ولا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه
يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع
فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لا يرغب
فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري لما لم يره
والصانع بائع قال رحمه الله وللصانع بيعه قبل أن يراه لأنه لا يتعين إلا باختيار
المستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه وإذا رآه ورضي به ليس له
أن يبيعه لأنه بالإحضار أسقط خياره ولزم من جانبه فإذا رضي المستصنع به
اللزوم في حقه أيضا قال رحمه الله وموجله سلم أي إذا أجل المستصنع صار

مسلماً وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو
استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان للاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب
ونحوه لا يجوز اجماعاً فتعين حمله على السلم تحرياً للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه
فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع علم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان للاستصناع عقد
جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازماً كعقد الشركة والمضاربة ولان للاجل للترفيه
وتاخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس ولو كان للاستصناع بذكر
الاجل يصير سلماً لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعاً ولانه لو كان بذكر الاجل
سلماً لكان فاسداً لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية
بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل عليه السلم لفسد الا ترى انه يفسد
اذا لم يضرب له اجل فحملناه عليه ما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة رضي الله عنه انه يحتمل
السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز
السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه
جواز الاستصناع يثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشياء فكان
حمله على التسليم اولى فيما احتمله لكونه اقرب الى الجواز ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل
فيه اذا ضرب له اجل اي يحكم السلم وصح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود
اولى من الترجيح باعتبار اللفظ الا ترى ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة
والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ولذا لو باع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل
لتاخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة
لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو اجابه وهو من عمل غيره جاز وجبر على القبول
فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلماً بذكر الاجل ان يكون السلم استصناعاً بحذفه
الا ترى ان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحاً ثم المراد
بالاجل ما يصلح ان يكون اجلاً في السلم وقد بينا قدره من قبل وان لم يصلح فهو
استصناع ان جرى فيه التعامل والا فاسد هذا اذا ذكر الاجل على سبيل
الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بان قال على ان يفرغ عنه غداً
او بعد غد يكون استصناعاً لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل ان ذكر ادنى مدة

يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف
العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع
فهو للاستعجال فلا يصير سلماً وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلماً
ثم فائدة كونه سلماً ان يشترط فيه شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق
وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا والله تعالى اعلم بالصواب

باب المتفرقات

قال رحمه الله صح بيع الكلب وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع الكلب اصلاً لنهيه عليه السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس
انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر انه عليه السلام
قضى في كلب باربعين درهماً ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي الا ترى
ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطياداً فكذا بيعاً ولانه تجوز تمليكه بغير عوض
كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز
الانتفاع به شرعاً والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع
بها وما رواه الشافعي رحمه الله محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يامر
بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه السلام رخص في ثمن كلب
الصيد فلفظ الرخصة يدل على الانتساخ ولا فرق في ذلك بين جميع انواع الكلاب
المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلماً او قابلاً للتعلم
قال رحمه الله والفهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز الانتفاع به شرعاً وتقبل
التعلم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل ما ينتفع به شرعاً في الحال او في المآل وله قيمة
نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف
من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه ينتفع به حملاً
وركوباً وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن عنه
انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه
للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه ينتفع به وطرد ذي

ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز
الانتفاع به فلهذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير
لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون فيحتاجون الى تبقية
انفسهم ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فتشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من
تحملها بمباشرة الاسباب لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في
تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرها
من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربوا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير
فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم
وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهما اموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا
وهذا لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه
في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف
فصار اجماعا قال رحمه الله ولو قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن
لك مائة سوى الالف فباع صح بالف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد
والمائة على الضامن يعني زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف على اني
ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري والمائة على
الضامن وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا
مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلتحق باصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد
بينا وجه المذهبين من قبل والثاني ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح
اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بازائه ما لا يقابله وفضل الثمن يستغني
عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمقابلتها
شيء فلذا يجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز
اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لها شيء بمقابلة البدل
لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا الا ان من شرط صحة الزيادة
ان توجد المقابلة تسمية صورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة
صورة وان لم يقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز وان لم

يقابله ما زاد

يقابله ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة
فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح واذا لم يقل لم توجد فلا تصح لانه يكون التزاما
للمال ابتداء وهو رشوة لانه بيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل
فيه للاصيل بمقابلته شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز
لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري
ولا يظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا اخذ البائع الالف من المشتري
لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويأخذ الشفيع بالالف
لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولايته عليه ولو تقايلا البيع
فللاجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول ابي يوسف لا يسترد لان
الاقالة عنده بيع جديد ولذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه
فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن
بها على المشتري ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان
بامره لانه لما نفذت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق ولانه لم
يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء يطالب
هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فلذا هذا ولو رده بعيب او تقايلا يرد الزيادة
لانه اخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي ان الشفيع ياخذها بالف ومائة
فجعلها ظاهرة في حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري
نفسه لم يظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة فكيف
تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول
هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد
ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن يصير
كفيلا فانه من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر جعله زيادة
على الالف حيث لم يقل سوى الالف فيمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري
فجعل منه ثم اذا ادى رجع عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار في
الحاصل المسألة ثلاث صور احدها ان يقول بعه بالف على اني ضامن لك مائة

سوي الالف من الثمن والثانيه ان يترك قوله سوي الالف والثالثه ان يترك قوله من الثمن وقد
ذكرنا الثلاثه وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزياده في العقد واما اذا زاد الاجنبي
بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري او يعطي الزياده من عنده او يضمنها او يضيفها
الي نفسه وان زادت بامر المشتري جاز ولا يلزمه شي والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه
ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن
اضافته الي المشتري بان يقول زدتك علي ثمن العين التي اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته
اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامره بل رسولا قال رحمه الله ووطي
زوج المشتراة قبض لا عقده يعني لو اشتري امة وزوجها المشتري قبل القبض صح
النكاح لوجود الملك في الرقبة علي الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدره
علي التسليم بخلاف النكاح الا يري ان تزوج الابق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح
فان وطيها كان قبضا لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه
كانه فعله بنفسه وان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا والقياس ان يكون قابضا
بنفس التزوج لانه تعيب حكمي الا يري انه لو وجد المشتراه مزوجة يردها بالعيب فصار
كالتدبير والاعتاق وكالوطي وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل
يوجب نقصا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم علي معني ان رغبات الناس تقل
فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي
اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا يضمن
بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع الا يري انه لو اقر المشتري بدين
علي العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب
الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به
بثبوت حقيقة الحرية او حقه ومن ضرورته يصير قابضا قال رحمه الله ومن
اشتري عبدا فغاب فبرهن البايع علي بيعه وغيبته معروفه لم يبع بدين البايع والا
بيع بدينه اي اذا اشتري شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع البينه
ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن فطلب من القاضي
ان يبيعه بدينه فان غاب المشتري غيبة معروفه لم يبيعه القاضي بدينه لانه يتوصل

الي حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الي بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم
يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول ان اقام البينه لان البينه هنا ليست للقضاء علي غايب
وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرها في
بيعه لان البايع يصل به الي حقه ويبرا من ضمانه والمشتري ايضا تبرا ذمته من دينه ومن
تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الي خصم حاضر وانما يحتا
اليه اذا كانت البينه للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغايب علي وجه يكون مشغولا
بحقه فيظهر الملك للغايب علي الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الي حقه فيبيعه
القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما
اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال
هذا بيع قبل القبض وهو غير جايز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي
يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البايع قبل ايفاء الثمن والاوجه
ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان
الشي قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفي ثمنه فان فضل شي من دينه يمسك
للمشتري الغايب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شي منه تبعه البايع اذا ظفر
به قال رحمه الله ولو غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتي
ينقد شريكه يعني اذا اشتري رجلان شيا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل
الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتي ينقده وهذا قول ابي حنيفه
ومحمد رحمهم الله وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه بطريق المهايأة
وكان متبرعا فيما ادي عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع علي
تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه
بما ادي والرابع في اجبار البايع علي قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغايب عندهما يجبر
وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع علي تسليم نصيب الغايب من المبيع الي الحاضر
عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضي دينا علي
الغايب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن
نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف

بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء ومعير الرهن وصاحب العلو في قضاء الدين وبنا
السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان للبايع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي
كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى اداء قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه
فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين
حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغايب ثبت بقول
الحاضر لان من باع شيا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الاخر وليس
بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه ٥
الاجنبي والاصل ان الشي متى تردد بين شيين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون
متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من
العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه ان يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا
يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من
الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله
ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسماية مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال بعتك بخمسماية
مثقال ذهب وخمسماية مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بالف من الذهب ٥
والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف
الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم
يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية
والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود
والمذروع قال رحمه الله وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء يعني اذا
كان له على اخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو
قضا فلا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه
ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما يراعى حقه من حيث القدر
الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت
بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه

حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا
اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استوفاه فلم يبق له الا الجودة وهي
لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه
بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينقض القبض في الاصل لاجلها لانعكس
فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا اتلف
ملك عبده الماذون المدين حيث يجب عليهما الضمان وان كان المغصوب ملكا لهما لان
الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرما فلم يكن الايجاب عليه بحقه
قال رحمه الله وان افرخ طير او باض او تكنس ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه
مباح سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه والبيض صيد فلهذا
يجب على المحرم الجزاء بكسره وشبه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم
اي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن ارضه مهياة لذلك وان كانت مهياة لذلك فهو له لان الحكم لا
يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا يرى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد
او حفر بيرا للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به ٥
الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره
او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم تكن ارضه
معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها
بجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر ٥
قال رحمه الله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة
والرجعة والصلح عن مال والابرا عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة
والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط
الفاسدة لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال
او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب
الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربو
هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه
العقد ولا يلايمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربوا بعينه ولا يتصور

ذلك في المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في
التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه الا يرى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل
الشرط واصل اخوان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار
وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا
وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط
الملايم ولذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى
الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله
بن رواحة رواه البخاري فاذا فرغنا هذا جينا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة
مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط ان كان الشرط
بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا او ضارا
الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته
بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط
بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه او فيه اثر او جرى التعامل به كما
اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط ولذا اذا
اشترى النعل على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا
العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه
من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة والاجرة
والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا
بابتدايه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال
بمال على ما ندكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء من الدين تمليك من
وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز
تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما ٥
بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على
اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز
تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط

مطلقا مع

وهذا لان ا

وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات
الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الاجارات اليمينين انه ليس بايتاع قبل وجود الشرط
خلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجي الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن
الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا
يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قال لا لعبد او كافر
اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف وقال محمد يجوز تعليقه بشرط
واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضا
ولابي يوسف ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة منه
بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك
والاحتمال قال رحمه الله وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والنكاح والطلاق
والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضا والامارة والكفالة
والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم
العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي هذه
كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربوا وانه يختص
بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يوثر فيها الشروط الفاسدة الا
يرى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر ولذا ابطل شرط الولاء لغير المعتق
بقوله صلى الله عليه وسلم لعايشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قاله لها
حين ارادت ان تشتري بريرة ان يكون الولاء لهم بعدما اعتقتها الا ان الكتابة انما لا تفسد بالشرط
المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على
ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل
الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء واما اذا كان
الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد
به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه
النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد
اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزايد ومن هذا

وهذا عند ابي يوسف

القسم اعني من القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة ذكره في النهاية وفي حاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان وما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا واما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجي بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا يرى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا يرى ان من يجيزها لا يجيزها الا بطريقها اي بطريق الاجارة وتراعي فيها شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال او باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها اما الايصاء الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور ان يكون للحال الا

مجازا والقضاء والامارة تولية وتفويض محض فيجوز اضافته وتعليقه بالشرط واما الثالث ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم

كتاب الصرف

قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد قبل الافتراق قال رحمه الله فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب او الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق فلا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكن من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو

شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي أن
يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالتهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا
فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة
فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط ان يتقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما او اغمي
عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض
او بما يدل عليه قال رحمه الله فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا
في المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف
وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا
يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا
لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد
شرعا الا اذا اسقط الخيار والاجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل
تقرره ولو باع الفضة او الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح
وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد
قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله تعالى
لا يصح شرطا للجواز لان الاحكام تبتنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء قال
رحمه الله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فمن باع دينارا بدراهم واشترى
بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال
ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود
والفسوخ دينا كانت او عينا الا يرى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم
حتى اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه
كاليا بكالي لانا نقول هو لذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير
العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط
مفسد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا يرى انه لو كان له دين على
شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى ونقول كل واحد
من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا ٥

بالتعيين

141

بالتعيين كالمضروب واما اذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون
بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله ولو باع امة
مع طوق قيمة كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين
الف نقد والف نسيئة فالالف ثمن الطوق يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه
الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن
الطوق وان اشتراها بالف نسيئة وبالف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ
تسامح فانه قال قيمة كل الف اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم ولا يعتبر
في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان
قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها او كثر
تحريا للجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر ان الثمن
خلاف جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهبا او بالعكس فحينئذ يفيد بيان
قيمتهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما ولهذا المراد في قوله فالالف ثمن الطوق
اي الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس
لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما من
مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق
لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن موجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها
فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى
الى الجميع كالجمع بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى فانه
طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او
استحق بعده قال رحمه الله وان باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين
فهو حصتها وان لم يبين او قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين
انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امورهما تحمل على
الصلاح واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد قال الله
تعالى فنسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان

وَالمرادُ احدُهما وَقالَ عليهِ السّلام اذا اسلم الذمّيّ فاقربا وامهما وَالمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام وَلهذا لو قالَ لامرأتيه اذا حضتما حيضةً او ولدتما وَلدًا فانتما طالقان فولدت اوحاضت احداهما طلقتا لانّه يُرادُ به احداهما لاستحالةِ اجتماعهما في وَلدٍ وَاحدٍ اوحيضةٍ وَاحدةٍ بخلافِ ما اذا قالَ ان حضتما او ولدتما فانتما طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وَعلى هذا لو قالَ خذ هذا نصفه من ثمن الحليةِ ونصفه من ثمن السّيفِ لا يبطل ايضًا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قالَ بان الكل ثمن السّيف يكون المقبوض ثمن الحليةِ لانّ السّيف مع الحليةِ شيٌ وَاحد فجعل المنقودُ عوضًا منهُ لانّ مُرادهُ ان يَسلم لهُ كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق

قال رحمه الله ولو افترقا بلا قبضٍ صح في السّيفِ دُونهما ان تخلص بلاضررٍ والا بطلا يعني بطل العقد فيهما لانّ حصّته الصّرف يجب قبضه قبل الافتراق وَاذا لم يقبض حتي افترقا بطل منه لفقد شرطهِ وَلذا في السّيفِ ان كان لا يتخلص الا بضررٍ لتعذرِ تسليمهِ بدون الصّرفِ فصار كبيع جذع من سقفٍ وان كان يتخلص بدونه جازَ للقدرةِ على التسليم فصارَ نظير بيع الجاريةِ مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الي المبسوطِ فقال لو قالَ خذ هذه الخمسين من ثمن السّيفِ خاصّةً وقال الاخر نعم او قالَ لا وتفرقا علي ذلك انتقض البيعُ في الحليةِ لانّ الترجيح بالاستحقاقِ عند المساواةِ في العقدِ والاضافةِ ولا مساواةَ بعد تصريح الدّافعِ فيكون المدفوع من ثمن السّيفِ خاصةً والقولُ في ذلك قولُهُ لانّه هو المملكُ فيكونُ اعرفُ بجهتهِ قالَ الرّاجي عفو ربه ينبغي ان تكونَ هذه المسئلةِ المتقدمةِ من انّه ينصرف الي الحليةِ علي ما بينا ومن انه علي التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحليه تتخلص بغير ضررٍ صح في السيف خاصةً والا فيبطل في الكل لما بينا وَفي المحيطِ لو قالَ هذا من ثمن النصل خاصةً فيبطل ان لم يمكن التمييز الا بضررٍ يكون المنقود ثمن الصّرفِ ويصحان جميعًا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف الصّرفِ للمنقود الي الصّرفِ فحكمنا بجوازه تصحيحًا للبيع وان امكن تمييزها بغير ضررٍ يبطل الصّرف لانّه صرح بفسادِ الصّرفِ وَقصد جوازَ البيع ويجوزُ البيعُ بدُون جوازِ الصّرفِ فعلي هذا ما ذكر في المبسوطِ محمولٌ علي ما اذا كانت الحليةِ تتخلص من غير ضررٍ توفيقًا بينهُ وبين ما ذكر في المحيطِ

هذا اذا

هذا اذا علم ان الفضة التي هي الثمن اكثر مما في الطوق وَالحليه وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز البيع وان كان مجهولًا لا يجوزُ وَقالَ زفر يجوز لانّ الأصل هُوَ الجواز والمفسد هُوَ الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكومًا بجوازه وجه الاول انّ العلم بالمساواة عند العقدِ شرط لصحةِ البيع وهذا لانه يتصوّر ان يكون اقل منهُ او مثله او اكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرةِ والحرمةِ

فحينئذ

قال رحمه الله ولو باع اناء فضةٍ وَقبض بعض ثمنه وَافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضةٍ او ذهبٍ لانه صرفٌ وَهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدرُ الفساد بقدرِ ما لم يقبض ولا يشيعُ لانه طارئٌ ولا يكون هذا تفريق الصّفقةِ ايضًا لانّ التفريق من جهةِ الشّرع باشتراطِ القبض لا من العاقدِ ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضًا بالشركةِ لانّ الشركةِ حصلت من جهتهِ وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلافِ ما اذا هلك احدُ العبدين قبل القبض حيث يثبتُ الخيارُ في اخذِ الباقي لانه لم يوجد منهُ الصّنع وَبخلافِ ما اذا استحق بعض الاناء علي ما يجي

قال رحمه الله وان استحق بعضُ الاناءِ اخذ المشتري ما بقي بقسطهِ او رد لانّ الشركةِ في الاناءِ عيبٌ لانّ التشقيص يضرهُ وَهذا العيبُ كانَ موجودًا عند البيع مقارنًا لهُ بخلافِ المسئلةِ الأولي وهي ما اشتري اناء فضةٍ وافترقا وقد بقي عليهِ بعض الثمن حيث لا يرد لانّ التفريط جاء من جهةِ المشتري علي ما بينا

قال رحمه الله ولو باع قطعة نقرةٍ فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطهِ بلا خيارٍ لانّ الشركةِ فيها ليست بعيبٍ اذ التشقيص لا يضرها بخلافِ الاناءِ الذي ان استحق قبل القبض بعضه يثبتُ له الخيار لتفرق الصّفقة عليهِ قبل التمام لا من قبلهِ بخلافِ ما اذا استحق بعد القبض لانّ الصفقة قد تمت بالقبض

كما اذا اشتري عبدين فاستحق احدهما قبل القبض اوهلك ثبتَ له الخيار لتفرق الصفقة عليه صح

صح

صح

قال رحمه الله وصحّ بيع درهمين وَدينارٍ بدرهمٍ وَدينارين وَكرّ برٍ وَشعيرٍ بضعفهما بان يبيع كرّي برٍ وَكرّي شعيرٍ وانما جاز لانّه يجعلُ كل جنسٍ مقابلًا بخلافِ جنسهِ وقال زفر والشافعي لا يجوزُ هذا العقدُ اصلًا لانّ مقابلة الجملةِ بالجملةِ تقتضي الانقسام علي الشيوع لا علي التعيين ففي حمله علي خلافِ الجنس تعيين له فلا يجوزُ وان كان فيهِ تصحيح التصرفِ لانّ تغيير التصرفِ لا يجوز لتصحيح التصرفِ فصار كما اذا اشتري قلبًا بعشرةٍ وَثوبًا بعشرةٍ ثم باعهما مرابحةً بخمسةٍ وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحهُ بصرفِ كل الربح الي الثوب ولذا لو اشتري عبدًا بالفٍ ثم باعهُ قبل نقد الثمن من البايع مع عبدٍ اخر بالفٍ وخمسمايه لا يصحّ في المشتري بالفٍ لانه

اشتري ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف الي المشتري ولذا لو جمع بين عبده
وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه الي عبده ولذا لو
باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف
فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الي الثوب من الجانب الاخر ولنا ان
في صرف الجنس الي خلافه تصحيح العقد والي جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد
والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان
العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق
الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير
متعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات
بدون صفته وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه
فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا يرى انه لو قال عند المقابلة
على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له لما صح فكان حمله على المقيد
المصحح اولي من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شايعا طالبا للصحة
الا يرى ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على
المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير
لاصل المقابلة اذ هي موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل
وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع الجنس
بالجنس بان باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم افترقا صح
البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان
مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل
حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم
والاخر يبقا فضلا فلذلك لم يجز [illegible] لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين
غيره فانه ينصرف الي نصيبه تصحيحا للعقد ولذا لو باع عبدا بالف درهم وفي
البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الي المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير
تولية في القلب يصرف كل الربح الي الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له

اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الي العبد
المشتري يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف وما به البيع او الالف وما يتبين الي غير ذلك من
الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة في مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز ان يصرف
الدينار الي الدينار والدرهم الي الدرهم والدينار الي الدرهم كما يجوز ان يصرف الدرهمين
الي الدينارين والدرهم الي الدينار وجوابه انه اقل تغييرا فكان اولي والثالثة اضيف
البيع الي المنكر فلا ينصرف الي المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة
يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة
عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الي
خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الي الصرف الي الجنس
لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف
الي الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب ان احد البدلين يجب قسمته على
البدل الاخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب
الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربوا فيه فان كان لا تتفاوت احاده
فالقسمة على الاجزاء وان كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربوا تجب
قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير **قال رحمه الله** واحد عشر درهما
بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فتكون العشرة مثلها والدينار بالدرهم تصحيحا
للعقد على ما بينا **قال رحمه الله** ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون
الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا
تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة **قال رحمه الله** ودينار بعشرة عليه او بعشرة
مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون
لرجل على اخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه
او بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز اما
اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا
تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعيين احد العوضين بالقبض في الصرف

للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما الربوا
في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان السالم يتعين
ازيد من الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل الا يرى انه لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين
يصح لفوات الخطر لدين كل واحد منهما ثابتا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة
مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون
استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الذي كان عليه ولهذا لانه وجب
بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربوا والدين الذي كان عليه لا يجب
قبضه فكان غيره الا يرى ان المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون
التقابض بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه اخذ ما في ذمته بدل ما وجب له
عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في راس مال السلم وجه الاستحسان
انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة
الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا
بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا
هذا ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده ٥
وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب والاول
هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر فيكتفي
بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله
فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر
مطلقا متقدما كان او متاخرا الا ان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة براس المال يصير
افتراقا عن دين بدين وهو منهي عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو
اخذ عاجل باجل للضرورة فاذا لم يقبض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز
اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه راس مال السلم بخلاف
الصرف قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع
الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا
وزنا لانهما لا يخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش

فيهما خلقة

فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردي
والجيد فيهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل قليل الغش الذي فيهما معدوما حتى
لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر
الفضة والذهب اللذان فيه على ما نذكره من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى
قال رحمه الله وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لان العبرة للغالب في
الشرع قال رحمه الله فصح بيعها بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا
ووزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب الذي في الآخر
فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه
صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا
لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع دراهم وثوب بدراهم وثوب حيث لا يشترط القبض
الا في الدراهم ولهذا اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون
الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد
بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة
او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار
ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة او الذهب فجعل كانه كله فضة او ذهب ومنع
بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة
حالا من حيث اللون ومالا بالاذابة فان الفضة والذهب يخلصان منه بالاذابة ٥
فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب
في الزكاة ايضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال
ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا حتى لو عرف ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب
يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه حكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب
الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربوا
ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في العطارفة والعدالي وان كان
الغالب فيهما الغش لانها اعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل
فيها لانفتح باب الربوا قال رحمه الله والتبايع والاستقراض بما يروج

دونا او عددا او بهما لان المعتبر فيها لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها
الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما تعتبر في الفلوس العادة في المعاملة
بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وان
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما **قال رحمه الله** ولا تتعين بالتعيين لكونها اثمانا يعني
ما دامت تروج لانها بالاصطلاح صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا
تبطل الثمنية لقيام المقتضي **قال رحمه الله** وتتعين بالتعيين ان كانت لا تروج لزوال
المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت اثمانا
بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان يأخذها البعض دون
البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان
كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضى بها
في الاولى ولعدمها في الثانية **قال رحمه الله** والمتساوي كغالب الفضة في التبايع
والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه وفضته او غشه
وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز
البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها الا ان
يشير اليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة
ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم تتعين وفي الصرف
حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو
باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة
لاحدهما على الاخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما
بمثلهما او بفضة فقط وفي فتاوى قاضي خان ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة
لا يجوز بها التفاضل فظاهره انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو خلاف ما
ذكره هنا ووجهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق
الصرف احتياطا **قال رحمه الله** ولو اشترى به او بفلوس نافقة شيئا وكسد
بطل البيع اي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد

منها

منها نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقها
بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن ايدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئا
بالدراهم ثم كسدت او انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع ووجب على المشتري رد
المبيع ان كان قائما والا فمثله ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته وهذا **عند
ابي حنيفة رحمه الله** وقالا ابو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على
الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد
لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس
واذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع
عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فانه تعتبر قيمته يوم الغصب
لانه مضمون به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو اخر ما يتعامل الناس بها
لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان ينقطع فاذا انقطع
انتقل الى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح
تبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال
ان العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لانا نقول
تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود
غالبا في العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وامثاله الاصل
هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى اصله على وجه يغلب على
الظن انه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى اصله قل ما يزول وحد الكساد ان تترك
المعاملة بها في جميع البلاد وان كان تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لانه يتعيب
اذا لم يرج في بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع
ان لا يوجد في السوق وان كان موجودا في يد الصيارفة وفي البيوت **قال رحمه الله**
وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين لانها اموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح
فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها
صارت ثمنا باصطلاح الناس وله ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها
لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم ويجوز

ان يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بابطاله بان يقولا اردنا به تعليق
الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث
يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا
للجواز وهنا يجوز التقدير فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا ابتنى على قولهما وعلى
قول محمد لا يتعين وان صرحا به واصل الخلاف ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على
خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما **قال رحمه الله**
وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا
بد من تعيينها **قال رحمه الله** ولو كسدت افلس القرض يجب رد مثلها **وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله** وقالا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود
ليس بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي
يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد انظر في حق المستقرض لان
قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر
لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج ولابي حنيفة ان القرض عارية
وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد
الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد
الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا
ولولا انه عارية في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار
المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب
اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف في من غصب مثليا كالرطب مثلا
ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند
ابي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة
لان قيمتهما كاسدة وعينهما سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين
بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد
العين بالانقطاع **قال رحمه الله** ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس
تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس

وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم فضة او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما
لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره
اولى فصار نظير ما لو باع جاريته بقيمة عبده واما الثاني فلان الفلوس مقدر بالعدد لا بالوزن
ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل او يكون اشترى بعضه على ان
يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا الثابت بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين
الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول
يفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد
في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس فلا تتفاوت قيمة الفضة
من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس قلنا ان نمنع **قال رحمه الله** ولو اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة صح لانه قابل الدرهم
بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة
الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس
وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده
يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن
حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل
في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا في هذه
المسألة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الا حبة بطل في النصف الا حبة لان العقد
فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها
بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا
بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع
ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء او لا قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع
بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل
والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا
وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل

كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت
دينا في الذمة عند العرب لذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة
فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون
غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكانت ثمنا في حال مبيعا في حال ومن
حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه
ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد
في غير السلم وان لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل
عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين
وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان
من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة
والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر
كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير
مقدر كالثياب مع النقدين او غيرهما من المقدرات يجب تعيين احد البدلين دون
الاخر حيلة يكون كالبيع بالكالي والله تعالى اعلم بالصواب ٭ كتاب

الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى **وكفلها زكريا** اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه

قال رحمه الله هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى
ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة
بابتناء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد
بهذا الا يرى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة
الدين من غير من عليه الدين لا يصح ولذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل
صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان
يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه
على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا
من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفي الا

احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا يرى ان الوكيل بالشراء
يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه البايع صح ولذا الولي والوصي يطالبان
بدين على الصغير وليس عليهما دين والولي يطالب بقضاء دين على عبده الماذون
او بيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاما اذا امكن ايجاب المطالبة عليه
من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه
من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب
الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح
تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي
الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على احدهما غير عين فلهذا
اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة
وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول حقه اليه
وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين
ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وان يكون المكفول به يمكن الاستيفاء
من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد
الماذون له في التجارة والمكاتب والصغير ولذا لا تصح من المريض الا من الثلث لانه
لا يملك التبرع باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان
وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور
وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هي امانة غير واجب
التسليم كالودايع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا
تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية والمستاجرة
او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها
مذكورة في المتن **قال رحمه الله** وتصح بالنفس وان تعددت اي وان تعددت
الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا ولذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها
ايضا كما يجوز بالديون الكثيرة **وقال الشافعي** لا تجوز الكفالة بالنفس

لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره ولانه لا ينقاد له ولم يلتزم
طاعته ولذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي
عنه من ماله فالنفس اولى فصار كما لو باع طيرا في الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه
ان لم يكن له ولاية على مال الامر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله ولنا
قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس او المال فيقتضي
شرعيتهما ولا تبطل الكفالة بالنفس لا غرم فيهما فلا يثبتا وله الحديث لانا نقول الغرم
عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان
الحاجة ماسة الى هذا النوع واحياء حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان يعلمه مكانه
فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا دعاه او يلزمه بالحضور الى مجلس الحاكم
والتزامه لذلك ورضى خصمه به دليل على قدرته فيصح وان لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي
فكانت مقيدة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب
بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة
اذا دعي الى الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله
الاية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة انهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت ام كلثوم
بنفس علي رضي الله عنه حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنه خصومة وكفل رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام ان
يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقته الا يرى انه اذا التزم الف حجة بالنذر يصح ويلزمه
وان لم يتات منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فيصح واذا صحت تصح
متعددة ايضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد والالتزام والاول لا يمنع
الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي قال رحمه الله بكفلت بنفسه وبما
عبر به عن البدن وبجزء شائع اي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به من
اعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بان قال تكفلت
براسه او بوجهه الى اخره او تكفل بجزء شائع منه بان قال تكفلت بثلثه او ربعه كل ذلك
جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله
وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لكونه صريحا بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم

والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال رحمه الله
وبعلي اي يصح بقوله علي لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج
البيت من استطاع اليه سبيلا والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال عليه السلام
من ترك كلا او عيالا فالي قال رحمه الله وانا زعيم به لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى
حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل قال رحمه الله وقبيل به لان القبيل
هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال
لا بانا ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف
يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة
فصار كالتزامه دلالته عليه او قال اوقفك عليه قال رحمه الله وان شرط تسليمه في
وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان
طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طالبه صاحبه بعد حلول الاجل
قال رحمه الله فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه
ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه ما عرف ما ذا يدعى عليه فيمهله حتى يظهر له مطله
لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان
يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان
ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فلذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا
التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر
عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول
بينه وبين اشغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار او بالبينة قال
وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع
المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة قال رحمه الله فان
مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس
جزاؤه قال رحمه الله وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد
صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل

لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف بنظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم
للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان
الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل
وهو الجهل وينكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي
الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه
بما يدعي وان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع
واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب
لا تسقط الكفالة فيوجل الكفيل مدة ذهابه وايابه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب
صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرا الكفيل كما لو مات حقيقة لانا
نقول هذا ليس هو بموت حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته
فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل على
حاله هكذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال ذكر في الذخيرة انه اذا لحق
بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة
ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن
قادرا لا يواخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يومر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل
بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه قال رحمه الله فان سلمه حيث يقدر
المكفول له ان يخاصمه لمصر بري لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة
وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل
بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في
ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه
قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله ان يسقطه ثم التسليم يكون
بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه فخذه
ان شئت ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه بري وان لم يقل سلمته
اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب فلا يبرا حتى
يقول سلمته اليك بجهة الكفالة قال رحمه الله ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي

يسلمه ثم

يسلمه ثم لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه بري
لما ذكرنا ولذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرا وهو قول زفر رحمه الله
وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية او في سواد لا يبرا لانه لا
يقدر على مخاصمته في ذلك المكان ولذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرا بمثل هذا التسليم
لما ذكرنا وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه بري عند ابي حنيفة رحمه الله لان المعتبر
تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرا لانه لم يسلمه
على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال ان يكون شهوده
فيه او تعرف اهل ذلك المصر حادثته فلا يبرا الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه
يحتمل ان تكون شهوده في ذلك المصر ولذا يحتمل ان يكون ذلك قاضي ذلك المصر يعلم حادثته
فتعارض الموهومات فبقي التسليم سالما عن التعارض فيبرا وقيل هذا اختلاف عصر
وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في زمان كانت الغلبة لاهل
الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين
مصر وبين مصر اخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت احوال القضاة والعمال
حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقييد بمصره اسهل لاثبات حقوقه ولو
سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره
مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يتمكن في المحبوس قال رحمه الله وتبطل بموت
المطلوب والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل
بموت المكفول له لان المطلوب بموته بري هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه اصل
والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فلذا عن التبع لما قلنا وبعد موت
الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه
وماله لا يصلح لابقاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات
لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ملك فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عليه
ان كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم كما اذا اداه هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب
يخلفه وصيه او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قايمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله
وبري بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بري لان موجب التسليم البراءة

فثبتت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه
ولا بد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون
بحكم الكفالة او الاجارة الا اذا كان يطالبه بحينئذ لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه لتقدم
ما يدل عليه ولذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا
باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول
ويقول قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد
العين المغصوبة او قيمتها وكالمدين اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير امر
الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي ٥
قال رحمه الله وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله
يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم
نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل
يقوم مقامه ورسوله يسفر عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط برائته ان يقول كل
واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر
بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا
دليل على انه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في
المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضي خان ولو سلمه اليه رجل
اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل
وان سكت الطالب ولم يقبل لم يبرأ الكفيل ذكره قاضي خان في فتاواه قال
رحمه الله فان قال ان لم اواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات
المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط
لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا
ينتفي بوجودها الا يرى انه لو كفل بهما جملة في وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت
وهذا لان الكفالة للتوثق فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة
بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس اخرى او بمال اخر وقال الشافعي رحمه الله
الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة بالمال

فلانها معلقة بشرط على خطر وتعلق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو
القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره
وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل
يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه
بالبيع ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار النذر وجب ان لا يجوز مطلق
الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بالموافاة
متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على
ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او لعجزه بموته
او بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف
السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به برئ
الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعدما برئ الا يرى
ان الطالب اذا ابراه عن الكفالة بالنفس فلم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فلذا
هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع
للفسخ وانما برئ لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يفيد دفعه
الى الخصام وهو عاجز فيه فكان ضرورة فيتقدر بقدرها فيبرأ عن التسليم ولا ضرورة
الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر
قاضي خان في فتاواه ان وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه
حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع
الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه لزمه المال وهذا
ظاهر قال رحمه الله ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان لم اواف به غدا
فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
اخرا ولا فرق بين ان يبين المائة او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال له
علي لك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل اخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك
به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل وقال محمد ان لم يثبتها ثم ادعى
وبينها لا يلزمه وله فيها وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي وهو ان الكفيل

علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يبين الذي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل لا عند
عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينا المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي
اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب
احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح ٥
الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع و
هذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه كفالة
امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف
الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه واما اذا لم يبين فلان
العادة جرت بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القضاء فيحملونها اجمالا ولا يبينونها
الا عند القاضي لدفع حيل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى
والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر
به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها ولانه لو
جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس
رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان اخر جاز ذلك
استحسانا وهو للطالب وهو قول محمد وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف
ذكره قاضي خان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف
قال رحمه الله ولا جبر على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به
نفسه من غير طلب تجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس
وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف
الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق
فلا يثبت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا تجوز
به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه السلام لا
كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة بالاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على
اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات

ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على
الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق التمرتاشي حد السرقة بهما
في جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك
منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين شهوده ومطلوبه
فربما يخفى على المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود ولان الدعوى
ليس شرطا فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى احد
فيها فلا يجوز الكفالة بها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم يكفل عنده يلازم
الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا خلي سبيله وليس معنى الجبر
عندهما هنا ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة بل ان يامره بالملازمة ويدور معه حيث
دار واذا اراد في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر قال رحمه الله
ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان او عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى
يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس
هنا للتهمة بالفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فيصلح لاثبات التهمة وخبر
الواحد في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به
اصل الحق والحبس للتهمة بالفساد مشروع لانه عليه السلام حبس رجلا بتهمة بخلاف
دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت بحجة
تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص لانه لحصول المقصود
وهو الاستيثاق قال رحمه الله وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا
بكفلت عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وبما بايعت فلانا فعلي
وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي اي تصح الكفالة بالمال ولو كان
المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة وعليه اجماع الامة وهي مبنية
على التوسع فيحتمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة
بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم قدر ما يستحق من المبيع وهي به جهة وشرطه
ان يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز
الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص

لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح الا
ترى ان المكاتب يملك اسقاطه **قال رحمه الله** وطلب الكفيل او المديون الا اذا شرط
البراة فحينئذ يكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب مخير
ان شا يطالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل ولذا له ان يطالبهما معا لان موجب
الكفالة اذ هي بني على الضم وذلك يقتضي بقا الاول لان البراة اذا شرط براة الاصيل
فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرا المحيل فله ان يطالبه
لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ **قال رحمه الله** ولو طالب احدهما له ان يطالب
الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار احدهما
يتضمن التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا يقتضيه ما لم يوجد منه
حقيقة الاستيفاء **قال رحمه الله** ويصح تعليق الكفالة بشرط ملايم بشروط وجوب
الحق كان استحق المبيع او لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذره
كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملايمة لا بمطلق الشرط والملايمة تثبت
بكون الشرط سببا لوجوبه لقوله ان استحق المبيع فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء
لقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين او بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه لقوله
ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي توجب تعليق الكفالة
بها والاصل فيه قوله تعالى **ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم** فوجه التمسك بالاية انه
علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهو المجي بالصاع وشريعة من
قبلنا شريعة لنا ما لم ينسخ ولا يقال الكفيل الحمل من يكون ضامنا عن غيره وهذا
الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لانا نقول امكن حمل الاية
على الكفالة بان يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام
كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وانا بذلك الحمل الذي
على الملك كفيل ولا يقال ان الاية تدل على ان الكفالة للمجهول جايزه وانتم لا تقولون
به فلم يبق للحجة لانا نقول جاز ان ينسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا بها من جهة التعليق
لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جايز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه ان الجهالة
في المال المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول

كشرط خ

له او المكفول عنه يمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك فانا كفيل لك عنه
او قال من غصبته انت او قتلته فانا كفيل لك عنه لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول
عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بالدعلى احد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له
لانه صاحب الحق **قال** ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا
هكذا ذكروه في الهداية والكافي وهو سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه
المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم **ذكره**
قاضيخان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال
حالا ولذلك الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملايم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا
ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملايم ويجوز تاجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيه
محتملة كالتاجيل الى العطا وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول المطر فان اجله
اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا **قال رحمه الله** فان كفل بما له على فلان فاقام
الطالب البينة على ان له عليه الف لزمه والا لا يعني اذا تكفل رجل بما له على فلان
فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شي لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو
المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدعي فلا يقبل قوله الا ببينة **قال رحمه الله**
وصدق الكفيل فيما اقر عليه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشي
والمسئلة بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو اقر
المكفول عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على
الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما
اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانكر الكفيل ما اقر
به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه شي لما بينا وجه
الاستحسان انه تحمل ما تقرر له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا
لانه تحمل ما سيجب عليه فيما ياتي باي طريق كان وفي مسئلة الكتاب تحمل ما عليه في
الحال فاذا اختلف الطالب او المطلوب ما عليه كان منهما فلا يصدق ما لم يقم البينة
ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا اقر بدين يرد اقراره

يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به صح الكفالة ووجب المال حالا الاصح

عليه دين برهن على الف لزمه والا لا يعني اذا تكفل رجل بماله صح

في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء الصحة كان
للمقر له **قال رحمه الله** فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره معناه
اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور اما اذا ادى
خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول
لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان
مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت
لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل الدين الى مستقضي الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة
او يجعل الدينين للضرورة او يقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه ان يتابع
الاصيل بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردى من الدين
وان ادى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم فلم يجب عليه شيء في ذمته واما
ثبت له حق الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما
ادى ما لم يخالف امره بالزيادة او باداء جنس اخر وبخلاف ما اذا صالح على اقل
من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما ادى لان الصلح على الاقل ابراء
فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان يهبه الباقي فيفعل فحينئذ يرجع
عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة واما اذا تكفل بامر
الصبي والعبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه من المامور
واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان واما لزوم الكفيل بالتزامه لان صحة الكفالة
بعقد التزامه باختياره لا بامر الامر بخلاف الصبي والعبد الماذون لهما لان امرهما بالكفالة
بالكفالة بالمال في النفس صحيح وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد لكونه تبرعا فيرجع عليهما
الكفيل **قال رحمه الله** وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع باداء عنه وفيه خلاف
مالك رحمه الله **قال رحمه الله** ولا يطالب الاصيل بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه التزام
بالمطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء
حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل بمنزلة البائع من المشتري فيما
يرجع الى الحقوق لما انه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن
تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع

اذ هو استيفاء الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن قبل ان يؤدي كما ان للمشتري
ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البائع اي ان لوزم الكفيل
من جهة الطالب لازم هو للاصيل حتى يخلصه ولذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي
ادخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك
اذ تخليصه واجب عليه **قال رحمه الله** وبرئ باداء الاصيل اي برئ الكفيل باداء الاصيل
لان الاصيل برئ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما
عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة بدون الدين **قال** ولو ابرأ الاصيل
او اخر عنه برئ الكفيل وتاخر عنه لو ابرأ الطالب الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل
وتاجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط
بسقوطه وتتاخر بتاخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث
يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا
واللفظ اذا اريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا
توجب براءته على انه لا يبرأ المحيل عن الدين فيما في رواية والاحكام تشهد به الا ترى
انه اذا توي يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء في المال المحتال
به وكانه مات وعليه دين له ولغيره حققه ان الدين لم يسقط فيهما بالاتفاق وانما تحول
من ذمة الى ذمة اما الدين اداء المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب
سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد عليه اصلا **قال رحمه الله** ولا ينعكس اي براءة
الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تاخيره عنه فوجب التاخير عن الاصيل لان الكفيل
ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة او تاخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا
تاخيره الا ترى ان للدين وجودا بدونها ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل
بالمال الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتاجل عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة
على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين **قال رحمه الله** ولو صالح
احدهما رب المال على الف على نصفه برئا اي صالح الاصيل او الكفيل الطالب
على خمسمائة عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر
لانه بالصلح يبرأ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا واما اذا صالح الكفيل

فلان اضافة الصلح الى الالف فبراته توجب براة الكفيل على ما بينا فيبرا الاصيل عن
الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف فبراته توجب براة الكفيل على ما بينا فاذا
برئا عن خمسمائة يصلح احدهما ايهما كان فان ادى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع
على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع لما عرف ثم في هذه المسئلة اربعة اوجه
اما ان يذكر في الصلح براتهما فيبران جميعا او براة الاصيل فكذلك الحكم او لم يشترط
شيء فكذلك ايضا او شرط ان يبرا الكفيل لا غير فيبرا هو وحده عن خمسمائة والالف
على حاله على الاصيل **قال رحمه الله** وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع
على المكفول اي الكفيل رجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل
لان البراة التي تكون ابتدا وهامن الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفا
منه فصار كانه قال دفعت الي وانقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع
الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل **قال رحمه الله** وفي برئت
او ابراتك لا اي في قوله للكفيل برئت او ابراتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه
لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي محتمل يحتمل انه برئ بالابرا
ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا **عند محمد رحمه الله**
وقال ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراة بالقبض لانه اقر ببراة ابتداؤها
ابتدا وها من المطلوب لانه نسب البراة اليه ولا يتقدر المطلوب ان يبرا الا ٥
بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرا بذلك وان لم يوجد
من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقراره منه
بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ **وفرق محمد رحمه الله**
بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراة بالايفاء وان كانت بالابرا لا
يكتب **وقوله** ابراتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا ترى انه لم يضف نسبة
الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابرا فلا يرجع به على الاصيل بخلاف
ما اذا وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشرا اذا ابراه البايع عن
الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب
غايبا او كان حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل انه اوفاه او ابراه لمن دله

الاحتمال ويثبت حكمه **قال رحمه الله** وبطل تعليق البراة من الكفالة بالشرط لان
في الابرا معنى التمليك كالابرا عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل
كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على
الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا
لا يرتد ابرا الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التاخير عن الكفيل حيث
يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب بالرد وبخلاف الابراء عن
الدين لان فيه معنى التمليك **قال رحمه الله** والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون
وامانة يعني الكفالة بهذه الاشيا باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان
الكفالة انما تصح بمضمون تجري النيابة في ايفايه ولا تجري النيابة في العقوبات لان
المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني
لعدم الفايدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من
شروط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه
الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد ان يكون
واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس
مضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شي بل ينفسخ
البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن
ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل ولذا الامانة ليست
مضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودايع والمضاربات والشركات
فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها **قال رحمه الله** وصح
لو ثمنا او مغصوبا او مقبوضا على سوم الشرا او مبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع
يجوز الى اخره لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض
على سوم الشرا والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده يجب
الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان
بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل ان
يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة او امانة لان تسليم العين واجب

على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس لانه مادام قايما يجب عليه تسليمه وان
هلك برا الكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت
الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة والاجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم
غير واجب عليه فلا يمكن اجابه على الكفيل **قال رحمه الله** وحمل دابة معينة مستاجرة
وخدمة عبد استاجره للخدمة يعني لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل
عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم
وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده
لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق
الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة
لان المستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو تكفل
بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع **قال رحمه الله** وبلا قبول الطالب
في العقد يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد **وقال ابو يوسف** تصح
والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في
المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز جاز **ذكر قوله في المبسوط** في موضعين
فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير
ان يجب بمقابلته على غيره شي فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله
عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف
للغير فيتوقف على رضاه كساير العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين
وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاذن بعبارة واحدة فلذا
عند عدم الاذن وانما تاثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد الا ترى ان المبيع
لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي **ولهما** انه عقد تمليك
فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كساير العقود ولانه تبرع عن الطالب بالالتزام
وانشا سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه بالهبة والصدقة ولا يمكن
جعل عبارته قايما مقام عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغا
ولانه قد يكون تضررا عليه بان يرافعه الاصيل الى من يرى براته من القضاة بالكفالة

لان العلما

155

لان العلما مختلفون فيها فتعود ضررا عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار
لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شي واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذا لم
يتضمن اضرارا باحد **قال رحمه الله** الا ان يكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في **مسئلة** واحدة وهو ان
ان يقول المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمايي فتكفلوا
به عنه مع غيبة الغرما فانه جايز استحسانا وان كان القياس يا باه على
قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان
ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين
وغرماوه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف مالا
ولان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
بقضاء الدين من تركته وهذا يصح لانه لما تعلق فيه حق الغرما والورثة بماله
صار كالاجنبي عن ماله حتى لا ينفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على الورثة
بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نايبه
كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقيل وانما يصح بمجرد الطلب
ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة
وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك
لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه
بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سوا وقيل يصح لان المريض
قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا
من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب ليضيق الحال عليه لكونه على
شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيوخذ فيه بالقياس
قال وعن ميت مفلس يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا
وعليه ديون وهذا **عند ابي حنيفة رحمه الله** وقال ابو يوسف ومحمد تجوز لما
روي انه عليه السلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين قالوا
نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو

فاده رضي الله عنه فقال هو علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه فصلى
عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء او
الابرا او الانفساخ بسبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا بقي
في حكم الآخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه
من المتبرع ولذلك يبقى اذا كان به كفيل او ترك مالا وكونه مات بدين ساقط لان الدين
هو الفعل حقيقته ولهذا وجب عليه الدين اي اداؤه كما يقال وجبت عليه
الصلاة يراد به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فيسقط سواء كان له مال او لم
يكن له مال في حق احكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا
ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة
ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم
الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه
وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا
يعتمد قيام الدين لانه تبرع في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه
امر بينهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزام مال على الاصيل وما
رواه كان اقرارا منه بان كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا
كفالة فاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين لبرئ
الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم ان عليه دينا فيجوز ابتداء
الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ او نقول الدين في حق
الطالب لم يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله
وبالثمن لرب المال به اي لا يجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل
رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب
مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل
والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل او بموت رب المال
والمضارب ويعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض المال ثم عزله صح عزله لان الثمن
وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد ولذا

المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد
لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختص المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل
عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للموكل عليه شيء حنث فاذا ثبت ان الوكيل
اصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل
ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل
واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاه الامر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان
في الثمن شرعا واشتراط الثمن عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من
سلم في اخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه
قصده حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله
وللشريك اذا بيع عبد صفقة واحدة وضمن احدهما للشريك نصيبه من الثمن لا
يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن
الا وللشريك فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ
القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في
حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا
والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى
شريكه مشتركا بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع
ايضا بنصف الباقي الى ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء
بخلاف ما اذا باعه صفقتين بان سمى كل واحد منهما النصيبه ثمنا حيث يصح ضمان
احدهما فيه للآخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة الا
ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الآخر صح ولذا لو قبل الكل
ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من
المشتري او بعضه لم يشاركه الآخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء
في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء
يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع
الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا يجوز ويجوز التبرع به قال رحمه الله وبالعهده

اي اذا باع رجلان عبدا
اي اذا باع رجلان عبدا صفقة رجل
مشتركا بينهما من رجل صفقة
صح صح

أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن
للمشتري رجل بالعهدة وإنما لا تجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك
القديم لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البايع ولا يلزمه التسليم فإذا ضمن
تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لأنها مأخوذة
من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العهد لأنها من ثمرات العقد
وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الحر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه
فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فإن ضمانه صحيح
لأنه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم
ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا للتصرف لأنا
نقول فراغ الذمة أصل فلا تثبت الشغل بالشك والاحتمال قال رحمه الله
والخلاص أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو
يوسف ومحمد تجوز لأن تفسيره عندهما تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن
إن لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص
المبيع لا محالة فهو لا يقدر على ذلك لأن المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص
المبيع إن أجاز المستحق المبيع أو رد الثمن إن لم يجز قال رحمه الله ومال الكتابة
أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لأنه دين ثبت مع المنافي وهو دين المولى على
مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولأنه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفي فلا
يفيد إيجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وإثباته مطلقا ينافي
معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد ولأن على الأصيل أداء ملك المولى من وجه
والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب إذا اعتق يبرأ عن بدل الكتابة لأن
عليه أداء مال وهو ملك المولى من وجه ولا يتحمل ذلك بعد العتق ولا يمكن
إيجاب الزيادة عليه فبرأ **فصل** ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي
الكفيل الطالب لا يسترده منه أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن
يعطي الكفيل للمكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترده منه لأنه تعلق به حق
القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال

[illegible]

باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن
قبل مضي مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لأن الدفع كان لغرض
وهو أن يصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال
باقيا لا يسترد ولأنه ملكه بالقبض لأن المطلوب دفعه إليه على وجه القضاء وأخذه
الكفيل على وجه الاقتضاء بأن قال له وقت الدفع إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه
منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة
بأن قال الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدي
ملكا للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل أن يسترده من يد الكفيل
لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب وهو بالاسترداد يريد إبطاله فلا يمكن منه ما لم
ينقض دينه كالمسألة الأولى ولأنه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب
على الكفيل للطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنا به جاز ولذا لو أبرأ
الكفيل الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الطالب جاز حتى
لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فيثبت بهذا أن للكفيل دينا على الأصيل إلا
أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فإنه بالاستعجال
يملك فلذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال رحمه الله
وما ربح الكفيل له أي إذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يعطي
هو للطالب طاب له الربح لأنه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء
قضى الدين هو أو الأصيل لأنه بالكفالة وجب له على الأصيل دين إلا أنه تأخر مطالبته
حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا إلا أن فيه نوع خبث
إذا قضى الأصيل الدين عند أبي حنيفة لما نذكره فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بيناه في
البيوع وإن قضى الكفيل فلا يرجع فيه بالإجماع هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء
وإن قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول أبي حنيفة ومحمد لعدم الملك
وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف في الربح بالدراهم
المغصوبة قال وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين يعني يستحب
رد الربح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئا يتعين يعني يستحب رد الربح

علي المكفول عنه اذا كان المقبوض شيا يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى
الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح
وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على ما قلنا لو قضي دينه المؤجل وربح فيه وله
ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاه قاصر لانه يرى ان المكفول عنه بسبيل
من قضا دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له
يتصدق في رواية على الفقرا وفي رواية يرده على الاصيل لان الخبث لحقه ثم
ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له
هذا اذا اعطاه على وجه القضا لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب
له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه
حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف وقد
بيناه من قبل. قال رحمه الله ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا
للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول
له اشتر من الناس حريرا وغيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البايع منك وخسرته
انت فعلي وصورته ان ياتي هو الى اخر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح
ويخاف من الربو فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسية ليبيعه
هو في السوق بعشرة فيصل اليه العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الى اجل او
يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فياخذ
الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك
نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شي من ذلك لانه اما ضامن
لما يخسره كما قاله بعضهم نظرا الى قوله علي لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل
بايع في السوق فما خسرت فعلي وانما توكيل بالشرا كما قاله البعض نظرا الى الامر
به فلا يجوز ايضا نظرا للجهالة بنوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة
لما فيه من السلف يقال باعه بعينه اي نسية من عين الميزان وهو مثله لانها
زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شرا ما باع باقل مما باع وقيل لما
فيها من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة

الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال
عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم. قال
ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على
الكفيل ان له على المطلوب الفا لم يقبل لانه كفل بما لا يستوجب في المستقبل بالقضا
او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضا على الغايب لا يجوز فلم يوجب شيا
ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل لان
اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على
الاصيل فلذا القضا وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب
عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى
لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة
واقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه ما لا دخل في الكفالة ولزمهما المال
قال رحمه الله ولو برهن ان له على زيد كذا وان هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما
ولو بلا امر قضي على الكفيل فقط اي احضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على
زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص كفيل عنه بامره قبلت البينة وقضي
على الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضي على الكفيل فقط
ولا يقضي على الغايب لان المدعى ههنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على
ما بيناه وانما اختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتدا
معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتدا وانتهاء فالقضا باحدهما لا يكون قضا بالاخر
واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة
بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي
الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر
الكفالة فقد ظلم في زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البايع بالثمن اذا استحق
المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضي على الغايب اذا كانت
الكفالة بامره والقضا على الغايب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على
الحاضر الا باثباته على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى عبدا ان

الخاص اشتراه من مولاه الغايب ثم اعتقه فانكر الخاص الشرا والاعتاق كان الحاضر خصما
عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشرا والعتق ينفذ على الغايب حتى لو احضر ليس له ان
يدعيه قال رحمه الله وكفالته بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا وكفل
رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم
للمبيع واقرار منه انه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعا فيها الشفعة او الاجارة
لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع يوقف جوازه على قبول الكفيل
الكفالة في المجلس فاذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعا الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما
تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم تكن
مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة احكام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها
المشتري الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك لها وقت
البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله وشهادته وختمه لا اي كتابة شهادته
وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده يقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل
على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة
ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وليس فيها ما يدل
على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الانبرام على ما بينا حتى لو شهد هنا ايضا
عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته او لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد
ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل
يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا او لبث في
الشهادة لذلك من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فيكون بدعواه بعده
مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو
لو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم
كانوا يختمونه بعد كتابة اسمايهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف
بين ان يكون الصك مختوما او غير مختوم قال رحمه الله ومن ضمن عن اخر خراجه او
رهن به او ضمن نوايبه وقسمته صح اما الخراج فلانه دين له مطالب من جهة العباد
فصار كسائر الديون وهذا لا يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والحماية

بان نفاذه صح

عن بيضة الا

والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكوة في الاموال الظاهرة
لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ
منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال
محله ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته الا بوصيته فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات
ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل
سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض
لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما
للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوايب فقد اختلفوا في صورتها
فقال بعضهم اريد بها ما يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وقال بعضهم اريد بها ما ليس بحق كالجبايات التي في
زماننا تاخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة
به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال
بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة او في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم
وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي رحمهما الله لانها في المطالبة مثل
سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها
ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان
كان الاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نايبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط
الرجوع لمن قضى دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد
من النوايب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم
والمراد بها النصيب وقيل هي النوايب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوايب
ما ليس براتب واما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شيء وقد
بينا ما هو جايز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال ابو بكر بن ابي سعيد هذا اللفظ
وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا لا مضمون وقيل هي ان
يمتنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه انسان لانها واجبة

وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه والرواية با و وهي لاحد
الشريكين وفي الاباحة نعم ولذا في النفي قال رحمه الله ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان
ما به الي شهر فقال هي حالة فالقول للضامن يعني اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعي
الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر له لانه
اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر
فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في
الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر بالدين ثم ادعا حقا لنفسه وهو الاجل
فلا يقبل قوله بلا بينة ولان للاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين
مؤجلا علي الاصيل وفي الدين عارض حتي لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض
وفي النوع الثاني القول للمقر له لانه صفة للدين وقال الشافعي رحمه الله القول للمقر فيهما لان
الاجل وصف فيهما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال ابو يوسف
القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابرهيم بن يوسف لان المقر اقر له بحق ثم ادعي
تاخيره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعي ان له علي صاحبه حقا وهو التاخير الا تري انه
لو اقر بالكفالة علي انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين
الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار يعني يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد
ما اقر بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة علي ما بينا وما قاله
الشافعي رحمه الله ان الاجل للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان
كان وصفا له لفظا الا تري ان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان
حقا لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل
وادعي عليه وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا
الذي يدعيه من المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوي عليه في الحال وان
قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا انكر
الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد به اتواء حقه قال رحمه الله
ومن اشتري امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتي
يقضي له بالثمن علي البايع لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن
ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم علي البايع برد الثمن علي المشتري
ومجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما
جاز فاذا لم ينتقض لا يجب الثمن علي البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك الا تري
انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه البايع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من
انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع علي بايعه ما لم يقبض عليه
بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال
الاجازة ولزم البايع رد الثمن فيلزم الكفيل ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل
بها لعدم المحلية فيرجع علي البايع والكفيل به وعن ابي حنيفة رحمه الله ان البيع ينتقض
بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض
به البيع كما ينتقض بالبعض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف
مثله فعلي هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له وعن ابي يوسف انه ان اخذ العين
بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول والله اعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به علي
شريكه فان زاد علي النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين علي اثنين بان اشتريا
منه عبدا او تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به علي شريكه حتي
يزيد ما يؤديه علي النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي
النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الي ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق
الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط
فلا يعارض الاول ولذا سبب الاول وهو الشرا اقوي من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا
ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث
بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان اكد فلا
يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشتري ثوبا وفضة بفضة فقبض ما وقبض الاخر
من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الفضة
لان الصرف اقوي واكد حتي اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة

وهي تبع للدين فلا معاوضة بين الاصيل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
كان لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المؤدي عنه لان المؤدي نايبه واداء نايبه
كادائه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصالة ولا
دور فيرجع به عليه ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا لا يصح تعيينه لانه لا
معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل
دينا مؤجلا ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل ولذا لو عجل احدهما عن صاحبه
دون الاخر وادى الكفيل جعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الدابة
قال رحمه الله وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه على
شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا وكفل عنه رجلان
كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة
لان الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه على
صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما
عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدي شايعا عنهما
فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يودي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع
احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستوا بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه
العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستوا في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى
لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا فلا ينقضه الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على
الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه والاخر بنايبه وان شا المؤدي
رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن
الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا
تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى
في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف ولذا لو تكفلا عن
الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما
نصفين ولا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع ولذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل
بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال وان ابراء

الطالب

الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل
والاخر كفيل عنه بكله فياخذه به قال رحمه الله ولو افترق المتفاوضان وعليهما دين اخذ
الغريم ايا شاء بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة قال
ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف لما بينا في الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله وان
كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادى احدهما رجع بنصفه وهذا
استحسان والقياس انه لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد
منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان
ان تصرف الانسان تجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل
المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الاخر معلق باداءه فيطالب
المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر
تبعا كما في ولد المكاتب لانه جعل كل واحد منهما كفيلا في حق صاحبه لان المال في الحقيقة
مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت حالة بما عليه اصلة وحالة المكاتب بما عليه اصلة كما بوه
فكان كل واحد منهما اصيلا وفي الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل فلا تظهر
الكفالة الا في حق صاحبه لانقاصه وربه فتتقدر بقدرها حتى يكون مطالبة المولى لكل
واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل
فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع عليه ولو رجع بالكل لم يتحقق المساواة
بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما معلق باداء المال على حدة وهو
صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه لما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة اوجه احدها
ان يكاتبهما كتابة واحدة ويكفل كل واحد منهما عن صاحبه فحكمها ما ذكرنا والثاني ان
يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته
ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة
على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر فيها كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند
زفر رحمه الله جوابه مثل الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد
منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته وعندنا ليس للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو
ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشي بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما

ها

عن صاحبه لانه لو قال لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط
المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما
جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به
زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم
يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط قال رحمه الله ولو
حرر احدهما اخذ ايهما شاء بحصة من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا
كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق
وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام صاحبه
المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط حصته وبقي على
صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد
منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر
مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة العتق لما ذكرنا
وياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء
اخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله فان اخذ المعتق رجع على ٥
صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى
والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا
عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء
كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق
صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب
البدل عليه لاستحالته فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فيبقى كفيلا قال
رحمه الله ومن ضمن عن عبد مالا لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم
يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار والاستقراض
او بالوطء عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في
حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال وانما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو ان
انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال

علي العبد

علي العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق
برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غايب او مفلس بخلاف
ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس
له ان يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان
الكفيل بالاداء يملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به
بعد عتقه احتراز عما يؤاخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او دين لزمه بالتجارة
باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله ولو ادعى رقبة العبد فكفل به
رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل
فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد
وهو المكفول به برئ وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان
يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي
يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جايزة على ما تقدم
فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل اذا اثبت المدعي
بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة حجة مبينة فيظهر بها ان العبد
ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة
في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر هو بنفسه قال رحمه الله ولو كفل عبد عن سيده
بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر
ومعنى الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين
الا ترى ان له ان يجعله بالدين ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان
عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء واما كفالة
المولى عن العبد فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه
اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع وزوال المانع
من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق على الاخر دينا فلا
تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فبلغه فاجازه فانها لا تنقلب
موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فايدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين

من سائر اموال وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله **قال** هي نقل الدين من ذمة الى ذمة هذا في الشرع **وفي اللغة** هو النقل مطلقا على ما بينا **قال** وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال والمحال عليه وهذا من شرايطها ومن شرايطها القبول وفيه خلاف **ابي يوسف** كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع الامة وقال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وانما اشترط رضاه لان المحتال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فمنهم من يتعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف رحمه الله المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه **قال رحمه الله** ويبرئ المحيل بالقبول من الدين وهذا حكمها وقال زفر لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن ابي ليلى يبرا في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة **ولنا** ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة الاصيل والاستيثاق فيهما بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى من المحيل واحسن من المحيل في القضاء ولا يقال لو برئ لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول

ذمة صح

الاجنبي متبرع

الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن اجنبيا اذ نقصد دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراءة **فقال ابو يوسف** يبرا عن الدين والمطالبة **وقال محمد** يبرا عن المطالبة فقط ولا يبرا عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرا المحتال المحيل من الدين قال **ابو يوسف** لا يصح **وقال محمد** يصح والثاني ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن **عند ابي يوسف** كما لو ابراه من الدين **وعند محمد** ليس له ذلك كما لو اجل الدين كما ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات ان البايع اذا احال غريما له على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت ولذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبه بالدين وان احال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبه باقية لان المحال عليه قايم مقام المحيل ولذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبه باقية لان المحال عليه نايب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكر فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما ثبت الحوالة وان كان المحال عليه نايبا عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يودي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق ان حريته المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا لا يبرا واما الراهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبه وبطل اذا بطل ولذا البيع **اعلم** ان احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان على الرجل دين او عين وقيدها به لان المحتال يكون نايبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او كان له ولم يقيد به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من اهله وليس للمولى ان يتصرف به حتى يلزمه بخلاف ما اذا قيدها ببدل

ضعيف

الذابة لان مطلقها تبرع وليس المجانب من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه
حتى يلزمه بخلاف ما اذا انتقل القن عن مولاه على ما مر من قبل **قال رحمه الله**
ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى **وقال الشافعي** رحمه الله عليه لا يرجع عليه
عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته
الا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه
تضمين احدهما برئت ذمة الاخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الاخر وكالمولى
اذا اعتق عبده المدبر فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع
المعتق فاذا اختاروا احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الاخر **ولنا** ما روي
عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين
الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول
الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا ان مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب
وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته
يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف انما يراد به سلامة المبيع للمشتري
وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات
وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحتال عليه خلف
عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب ٥
وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما يثبت للمالك الخيار
ابتداء بملك المغصوب من ايهما شاء فياخذ منه عوضه من غير ان يحيله عليه احد
فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الاخر الا ترى ان حقه
ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينقله الى الاخر فافترقا **قال رحمه الله** وهو ان
يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا اي التوى يكون باحد هذين الامرين
اما ان يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا
بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا اي التوى هو العجز عن الوصول الى حقه
ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا لم يثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال
المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه

بالاصل

بالاصل وهو العسرة كما اذا ادعى المديون الاعسار وانكر المدعي الطالب اليسار ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته
عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته
وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل وهذا
لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بالخروج محله من ان يكون محلا صالحا
للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان
فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا يحفظ
نظير ما جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا تقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل
هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بامره او بغير
امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد
موت المحتال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين بحال بخلاف ما اذا ترك
كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه **قال رحمه الله** فان طلب المحتال عليه المحيل
بما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع
قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحتال
عليه لانه ينكره المحتال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه
بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون
مقيدة بما على المحتال عليه بل حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء والقبض
فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له **قال رحمه الله** وان قال المحيل للمحتال
احلتك لتقبضه لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين
وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه
دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة **قال محمد رحمه الله** اذا صار مال
المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال احل
رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول
للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان
ادعى ان الدين الذي على المحتال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى

ان الدين له و وصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له بالدين والتصرف
له في ذلك المال والانسان يتصرف فظاهر اليد لا يتبع ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول
للمحيل قال رحمه الله ولو احال بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ اي اذا كان له
وديعة دراهم عند شخص فاحاله بها عليه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز
فان هلكت برئ لان الحوالة متقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت متقيدة
بالمغصوب حيث لا يبرا به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب
لا الى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد يكون متقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة
على نوعين متقيدة ومطلقة فالمتقيدة ان يقيدها بدين له عليه او بعين في يده وديعة او
غصب او نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة
او غصب او دين او يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما
ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحال عليه بالالتزام
في ذمته والايفاء وتوكيل المحال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم
ما عنده من العين او الدين الى المحال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة ان لا ينقطع حق
المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد ادائه اذا كانت الحوالة برضاه
وليس له ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه
كما في الكفالة ولو كان الدين موجلا على المحيل كان موجلا في حق المحال عليه كما في الكفالة
ولا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال
عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المتقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه
بما احاله به من دين او عين لانه تعلق به حق المحال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل
حق المحال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه
بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من
العين والدين الا يرى انها لا تبطل بهلاكهما فكذا باخذه بخلاف المتقيدة لانه فيها لم يلتزم
الاداء الا منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرا المحال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما
كان عنده من الدين او العين كالمرتهن اذا ابرا الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس
له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة ولذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين

والعين

والعين للمحال بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحال وهو القياس
لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج عن
ملكه فلا يقضي به ديونه ولان تكان ملكه ثابتا فتعلق حق المحال سابق فصار كالمرهون
يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم ولدين الصحة يتقدم على دين المرض قلنا
ان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحال
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحال في ذمة المحال عليه
دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توي ما على المحال عليه يتوي على المحيل ولم يثبت عليه ايضا
يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يمكن للمحيل ان ياخذه لان
المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما في ذمته ليوفي من ذلك المال فلو اخذه يفوت
الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه يثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك يهلك
على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول
الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له
حق المزاحمة لان الحوالة كانت متقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال فات الرضا
بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح
ذلك في مسالة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ
من دين المحال وصار المحال من غرماء المحال عليه ولم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء
المحيل اذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحال على المحال عليه بحصة الغرماء
لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع عليه به كما لو استحق
الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد قال
رحمه الله وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق وصورته
ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو معرب سفتة
والسفتة شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه السلام
نهى عن قرض جر نفعا قيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به والله اعلم بالصواب

كتاب القضاء

والقضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال فاي لهم ز عليهما مسرودتان قضاهما
داود او صنع السوابغ تبع اي احكم صنعتها وهو في الشرع فصل الخصومات وانه
افضل العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون
وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم والحاكم نايب الله تعالى في ارضه في انصاف
المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف
والنهي عن المنكر وكل ذلك من الصفات الحميدة ميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد
ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما
يثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن
صلح شاهدا يصلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر قال
والفاسق اهل للقضاء كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ الرشوة
لا ينعزل ويستحق العزل واذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولذا لو قضى بالرشوة
لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد
وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد
الماذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة شرط للاولية
ولذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا ان
يكون عالما عدلا مامونا لقوله عليه السلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في
الجنة الحديث فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور
والثالث العالم العادل يحكم بعلمه لانه مامور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه
ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود
ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه
عليه السلام سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضي الله عنهم
اجازوا حكم من تغلب من الامراء وجازوا وتقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه ولولا ان
توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من
امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الاول انه يجتهد حذار النسبة الى

الخطا

الخطاء قال رحمه الله ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون
موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه
ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد
وايصال الحقوق الى مستحقها واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم امور المسلمين
واقوى واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما
اصابه من الناس كان اولى وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو
اولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد
خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال والاجتهاد شرط للاولوية لانه
اقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد فقيل ان يعلم الكتاب بمعانيه
والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما يتعلق به الاحكام منها ومعرفة الاجماع
والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من ادلتها بطريقها
ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بارائهم وقال بعضهم
يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي
حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب
المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا
يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من ان يكون صاحب
قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتني عليها قال
والمفتي ينبغي ان يكون هكذا يعني في العلم والامانة لانه اقدر على المقصود وابعد
من الغلط والتزاهما ما في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه اوثق
فيعتمد عليه قال وكره التقلد لمن خاف الحيف اي الظلم كيلا يكون ذريعة
الى مباشرة الظلم قال وان امنه اي ان امن من الظلم لا يكره التقلد لان
كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال
ولا يسال القضاء لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم

ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهمه وكره بعض المشايخ ان يدخل في القضا مختارا لقوله
عليه السلام من ابتلي بالقضاء فقد ذبح بغير سكين ولان القضا بالحق لا يمكنه الا باعوان
وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرائيل من فرغ عن نفسه للعبادة ستين سنة
توحي له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء ايسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقط
وان تعين هو للقضاء بان لم يكن احد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب
صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال رحمه الله ويجوز تقلد القضا
من السلطان العادل والجاير ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه
من معاوية في نوبة علي وكان الحق بيد علي في نوبته وقال علي رضي الله عنه اخواننا
بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق
فيحرم عليه لانه يحصل بمرض المسلمين قال رحمه الله فان تقلد يسال ديوان
قاض قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب
الاوصيا والقيما في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان وضع
لان يكون حجة عند الحاجة اليها ولا يحوي في يد الخصم وما في يد الخصم لا يومن
عليه التغيير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال
في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد انتقل
العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كان من مال
الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا
القاضي عمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين
من امنايه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته
او بحضرة امينه ويسالان المعزول شيا فشيا فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه
في خريطة وما كان من نصب الاوصيا في اموال اليتامى يجعلانه في خريطة اخرى
وما كان من تقدير النفقات يجعلانه في خريطة اخرى وما كان من نسخ قيم ٥
الاوقاف يجعلانه في خريطة اخرى وما كان من الصكوك يجعلانه في خريطة
لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا يشتبه عليه متى احتاج الى نسخة
منها فاما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل

واما يسالان المعزول وان لم يكن قوله حجة ليكشف عما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك
ختما عليه تحرزا عن التغيير قال رحمه الله وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد
ينظر في حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين قال رحمه الله فمن اقر بحق او قامت
عليه بينة الزمه لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل
نفسه وان لم يقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا يعجل القاضي بتخليته
قال والا نادى عليه اي ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان
المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه
اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس
بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فيه راي القاضي ان يطلقه فان حضر
له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا واطلقه والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين
هذه المسلة وبين قسمة التركة حيث لا يوخذ من الورثة كفيلا اذا ارادوا القسمة
عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون لهم وارث غيرهم
لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسلة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر
واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل
على الصلاح ما امكن فيحتاط عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله وعمل في الودايع
وغلات الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من
من في يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال رحمه الله ولم يعمل بقول المعزول
الا ان يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودايع وغلات الوقف
لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي سلمها
اليه فيقبل قوله فيهما لانه يثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار
كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم
القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي
باقراره الثاني والمسلة على اربعة اوجه اما ان يقر بانه سلمه اليه بعدما اقر
به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر

به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلم اليه صار كانه في يد القاضي
والرابع ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال رحمه الله
ويقضي في المسجد ولذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي رحمه الله يكره
ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد
الحرام والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات لا
للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى
والحكم وكان عليه السلام يفصل الخصومات في معتكفه ولان الخلفاء الراشدون
كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في
المسجد كالصلاة ولانه ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من
التهمة في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تكون وانما ذلك في
اعتقاده والحائض تخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة
على الدابة فالجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد
وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط البلد قال رحمه الله او داره
لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن
للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس
معه في المسجد ثم لا باس به اذا كان منزله وسط البلدة والا فالمسجد في
وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس للحكم ان يكون في اشهر الاماكن
ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز
ولا يحكم وهو ماشي لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد
في الطريق ان كان لا يضيق على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكي لانه يزيد في الراي
لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن
ابي يوسف رحمه الله انه استفتي في مسئلة وهو متكي فاستوى وارتدى وتعمم
ثم افتى تعظيما لامر الفتيى ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده
فلا باس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه
اهل العلم لانه لا يومن من ان يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه

المشورة

للمشورة ولذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكون بعيدا عنه
لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال رحمه الله ويرد هديه الا من قريب او ممن جرت عادته
بذلك لان الاولى صلة الرحم وردها قطيعه وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم
المحرم والثانيه ليست لاجل القضاء وانما هي جري على العادة فلا يتوهم فيها الرشوة
حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضاء فيكون من الغلول
لغيرها من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابه رضي الله
عنهم قال رحمه الله ودعوة خاصه اي لا يحضر دعوة خاصه لانها جعلت لاجله والخا — صح
هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت من غير
العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصه بين ان تكون من القريب
او من غيره وبين اذا جرت عادته بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي
وبين المضيف قرابه يجيبه في الدعوة الخاصه لان اجابة دعوته صلة الرحم
قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان قول ابي حنيفه وابي يو — سف
لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوه
الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينهما
وبين الهديه وهو القياس قال ويشهد الجنازه ويعود المريض لقوله
عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده
واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا
عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان
واذا كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال رحمه الله وليسوي بينهما جلوسا
اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء
فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على خصمه
وينكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين
يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا
ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون
بينهما وبين القاضي قدر ذراعين ونحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف

باصبعٍ او رفع صوتٍ ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار لان
جانب اليمين افضل فيكون تفضيلاً له على صاحبه يفعل ذلك بين اللين والصغير حتى يجب
عليه ان يسوي بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا
دليل على ان القاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا وهكذا فعل شريح رضي الله عنه
بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفة رضي الله عنهما فاذا سوى بينهما بالفعل فلا
حرج عليه فيما عده في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا
قدرة له عليه حا في القسم بين نسائه **قال رحمه الله** وليتق عن مساواة احدهما واشارته
وتلقين حجته واضافته اي يجتنب هذه الاشيا لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الاخر
ولو كان اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما **قال** والمزاح اي يجتنب المزاح
مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة
لحاصله انه لا يحكم بما يغيره ما تقدم اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء
فاذا حضر فهو بالخيار ان شا بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبداه
بالمنطق وهو احسن جلا يكون مهيجا للخصومة لانه يقعد لينقطعها واذا تكلم المدعي
اسكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوة امره بالسكوت واستنطق
الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم
هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم صحح دعواك لان الجواب
لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه ساله البينه فان عجز
عنها استحلف المدعا عليه ان طلب المدعي يمينه وترتب الناس في الفصل على ترتيب
مجيهم فيبدا بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النسا والرجال
في زحمة بل يجعل الرجال ناحيه والنسا ناحيه الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى
فيجلسان بين يديه وقت الدعوى **قال رحمه الله** وتلقين الشاهد اي
يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه ابو يوسف
في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان
في تلقينه احيا الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص
الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع

نوع

نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلوا
عن نوع تهمة **فصل** في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة
بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا وجعله من
جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في
قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنه فلانه عليه
السلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينه اعتق شقصا
له في مملوك واما الاجماع فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا
عليه الا ان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن ابي بكر وعمر وعثمان
رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يسجن في المسجد وفي الدهليز وبالربط ولما
كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام
وسمي نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنا سجنا اخر وسماه مخيسا
وقال فيه شعرا ❊ الا تراني كيسا مكيسا ❊ بنيت بعد نافع مخيسا ❊
قال رحمه الله واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابي حبسه
في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل
دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه
بعد اباه من الدفع اليه بالاباء ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده او
التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر
بقاوه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه
عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه السلام مطل الغني
ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد امره ولم يفصل
بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال
اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره
لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال
فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي
عن الصدر الشهيد والحلي عن شمس الايمة السرخسي على ذلك لانه

اذا ثبت يعتذر فيقول ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا
يتاتي ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يومر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل
ان يوفي فلم يعجل بحبسه قبل ان تتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب
لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يتبين له فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان
ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال فالقاضي يقول
للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان
ابى حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو يدعي كان القول
قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن
مال حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله
لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبس بما راى اي لا
يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل ارش الجنايات وديون
النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل المال ولا ملتزم بعقد
ان ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر
ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا لا مال
له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه
الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا بخلاف الفصل المتقدم
لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة
ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه
ما تعورف تعجيله والزايد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتاخير
المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه قادر عليه واختار
الخصاف ان القول للمدين في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة
والمدعي يدعي عارضا فلا يثبت مع قوله لا وهو مروي عن اصحابنا واختار
ابو عبيد البلخي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول
فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمدعي يدعي
خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع

وما اشبهه كان ذلك القول فيه قول المدعا عليه لانه لم يدخل شيء في ملكه
ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي عن ابي حنيفة وابي
يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول
المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بعقد قدرته كان القول فيه قول المدعي اذ
لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في
باب النكاح ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات
وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكر في باب العتاق ان احد الشريكين
اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان
المسئلتان تخرجان على الاقوال كلها ولا يخالفان شيئا منها فيكون القول
فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال بن جعفر البلخي يحكم الزي فان كان
هيئته هيئة الفقرا يعني المدين كان القول قوله وان كانت هيئة الاغنيا
كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقها والاشراف والعباسية فانهم
يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما راى اي يحبسه
قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره ولكن المدعي
اثبت المال بالبينة او بنكول المدعا عليه او باقراره وهذا يشير الى انه
يحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه حتى يغلب
على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف
باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء
فيه من التقدير بشهرين او ثلاثة او اكثر او اقل اتفاقي والبس بتقدير
حتما قال رحمه الله ثم يسال عنه اي القاضي يسال عن المحبوس بعد ما
حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا
يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان احوط
وينبغي ان يقول الشاهد ان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته
وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا
السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بوا

بلغ

لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي
ان لا يسال ويعمل برايه ولكن لو سال مع هذا كان احوط **قال رحمه الله**
فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته ظهرت عنده واستحق النظرة الى
الميسرة لقوله تعالى **وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة** فحبسه بعد
يكون ظلما **قال** وان لم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله **وقال ابو يوسف ومحمد وزفر** يمنعهم لانه
منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم ما ضربوا
له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فلذا بانظاره تعالى بل اولى
ولهما انه هو منتظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن في كل
ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فياخذون
منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطلب قبل حلول
الاجل مع القدرة على ادائه لا يؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال
وذمته مشغوله ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل
لحظة فيلازمونه **قال رحمه الله** ورد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها
بينة على النفي فلا تقبل ما لم يتايد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل
الاحتياط لا على سبيل الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان
يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على
الاول **قال رحمه الله** وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة
على اليسار واقام المدعا عليه على الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان
اليسار عارض والبينة للاثبات **قال رحمه الله** وابد حبس الموسر لان
الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في
الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم
يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلا سبيله قال
فخر الاسلام معنى المسالة اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر للقاضي
جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر مماطلته بعد ما اقر عند غيره فيحبسه

يحبسه

يحبسه لما مر **قال رحمه الله** ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع عن
الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان ولان لم تسقط بان
حكم الحاكم بها واصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد
على ما بينا **قال** لا في دين ولده اي لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد
لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل
مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه **قال رحمه الله**
الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني لا يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد
اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه
السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل لان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم
يحبس عليها يفوت بخلاف ساير الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف
عليها الفوت وهذا حكم الاجداد والجدات وان علوا ولذلك المولى لا يحبس
بدين عبده الماذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان
عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس
العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم
يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لو قوع المقاصة به
ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من
خلاف جنسه لانه ليس له ان يحصل بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي
عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما اتلف من ماله فلذا يحبس
بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة من غير رضا
مولاه ويحبس بدين اخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر
على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه يتمكن من
اسقاط هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى
نصا كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة
بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة
ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة

الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلي احد يدخل عليه ليستانس
به ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا لمجي
رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد
من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد
من يجهزه وان مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا يخرج
ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع
من دخول امراته او جاريته عليه ان كان في السجن موضع ستره لان اقتضاء
شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول
الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص
له تناول مال الغير حال المخمصة خوفا من الهلاك وكيف يجوز قتله لاجل
لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم في
المشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا
والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لان
مانعه ظالم متعنت والله اعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة او
نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان
ذكره فيه انسب قال رحمه الله ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته
فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به
فكتابته اولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم
فكان التراخي اكثر من البينة وجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله
وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين
شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك
بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغني عنه بالشهادة

على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة
ويتعسر نقل الشهادة على وجهها ايضا اذا اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي
كتاب القاضي غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة
وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة
بزيادة الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة
كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والقتل
اذا كان موجبا للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة
والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار
يروى ذلك عن محمد وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر
الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة
بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة
الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى
مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا
نفس المراة او نفس الرجل واثباتها كالدين والمدين والنكاح كالدين
وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في
العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع
الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليتنقلها الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة
ايضا بشرايطه وهي ان يكتب المدعي ان كان له عبد ابق وهو اليوم في يد
فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب
القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي
يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا
وقد ابق الى بلد كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب
اليه وثبت انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما يجي سلم العبد الى
المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة
العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في

عن العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب
بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين
شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا
حكم به وكتب الى المكتوب اليه او لا يبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على
الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غائب
ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث
بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم الذي يقضي له به بحضرة المدعا عليه فاذا
وصل اليه فالمفعول هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم
الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو
الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا
يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها
مع امين معه **قال** فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود
الحجة وحضور الخصم **قال** وكتب حكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب
الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكن الكتاب
مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم لحضور الخصم بنفسه او من يقوم
مقامه الا اذا قدر انه غائب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم
اليه حقه او لينفذ حكمه **قال** والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا
لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى
ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلافا في مذهبه
لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له **قال رحمه الله**
وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في
الحقيقة لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه
ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل
فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو
فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من

بلغ

القضاة

القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة
الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب
القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى
تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من
تعديلهم **قال رحمه الله** وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم اي القاضي الكاتب
فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان
يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه
لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم
كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في
سائر الشهادات ومن شرائطه ايضا ان يكون للكتاب عنوان وهو ان
يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وابيه وجده
حتى لو اخل بشيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب
حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان
يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعا عليه والمدعي على وجه
يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاء
وان شاء اكتفى بذكر شهادتهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط على
الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه كتاب فلان ولا على القاضي سوى
كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الائمة رحمه الله لكونه اسهل
قال رحمه الله فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا
شهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة
بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل
لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء
لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم
انه كتاب القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب
الاستيمان من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم بينة بانه كتابهم لانه

يلزم يلزم وهذا ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار
الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا
بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف رحمه الله ياخذ
القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل فيه الا ببينة **قال رحمه الله**
فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه
فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان
يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب
عدالتهم او سال من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم
به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا يثبت عدالتهم
فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي لانهم يشهدون
بذلك قبل الفتح والشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا
انه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الى اخره شرط للحكم
به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به
وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب
حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف فانه عنده
يقبله من غير بينة ومن يد المدعي ايضا اذا جاء به وحده وكذا اذا شهد عند
الاثبات فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في
ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف
شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي
واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة
وهي مسيرة ثلاثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان
لو غدا في اداء الشهادة لم يستطع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وعن محمد
انه تجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي
في اختلاف الفقهاء ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد
ثم انما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر العجز **قال رحمه الله** ويبطل

الكتاب

الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني
او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول
قبل اداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن
الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه
يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ان القاضي
الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة اداء شهود الفرع الشهادة لانه
لا ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم
بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء
بها فانه لا يمنع القضا فكذا هذا وهذا الحكم في كل شاهد مات بعد اداء
الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين
شهدوا عنده الا ان لهذا النقل حكم القضاء الا ترى ان هذا النقل لا يصح
الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب
هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا
النقل حكم القضا ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه قبل
وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء
فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي
قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادائهم الشهادة لانهم
اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او بموت
الفروع كما في ساير الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم
فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى
قاضي اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضا
مختلف فيه وان كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض
اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضاء
لما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في
ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضا به بالقراءة فلا

يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل اداء الشهادة قبل الحكم بها
وفي الخلاف زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه به **قال رحمه الله**
وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه
والضمير في قوله بعد اسمه عائد على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يبطل وان لم يقبل ذلك وحكم القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال والى كل من
يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول
وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار كتطبيق الامنا في الاموال بخلاف
ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به
احد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وانما الاعلام لا يحصل بهذا
القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار
غيره تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة حين ابتلي
بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض
اخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به وهو
لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه لو اخذ من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف
الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه
مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء او نقول ان الكتاب لا يقبل قياسا
وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي على
اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا اخر اذا تعذر حضور
الخصم عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة
الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصار كانهم شهدوا
عنده حقيقة فصار له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة وهي
المجوزة للنقل **قال رحمه الله** لا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان
وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان

تربيه مقو

وارثه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي اي يجوز كتاب القاضي الى الامير
ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر من ذلك وان
كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي
الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان
القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط
ذلك لخرجوا الان كل احد لا يحضر مجلس الامير فيشهدوا والامير لا يمكنه التفحص
عن احوال الشهود فتقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا
كان الامير في مصره وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على
اصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه **قال رحمه الله**
وتقضي المراة في غير حد وقود لان القضاء يستفاد من الشهادة على ما بينا وشهادتها
جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص
لشهادتها لما فيها من شبهة البدلية **وقال الشافعي** رحمه الله لا يجوز ان تولى
المراة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة
فكذا القضاء كالرجل **قال** ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف
المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضاء الا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض
اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور باداها
ان يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم
يجز ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد بدونها وان
كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل
فكان الثاني بانيا فلا يشترط البناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في
الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز
الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك
الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فاجازه القاضي جاز اذا
كان المستخلف اهلا للقضاء وان كان رقيقا او محدودا في قذف او كافرا
لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور

وابيه كالوكيل بالبيع او الشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه
ولو فوض اليه الامام بان يستخلف بان قال له ول من شئت له ان يولي من يشا فيصير
نايبا عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل
صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل
بخلاف الوصي يملك الايصا الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت
حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع
الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره دلالة لاجل ثبوت مصالحه بخلاف
الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا يفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل
بان قال استبدل من شئت كان له العزل لانه نايب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له
لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون في الامانة
والتصرف **قال** واذا رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة
المشهورة والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به فلا ينقض بما دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث
هو
والرابع الى ما لا انتهاء لها لاحتمال انه يجي قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة
وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر اشتغاله قلد القضا ابا الدردا واختصم اليه رجلان
فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي
فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا قال
ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة
بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما
نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به ثم جا قاض اخر يرى
القاضي صح
غير ذلك امضاه قيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره في
الكتاب التقييد به فيوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه وقالوا اشترطه ان
يكون عالما باختلاف العلما حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا
يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال
فيه شمس الايمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا
لمذهبه

لمذهبه نفذ **عند ابي حنيفة** وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه
ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوى غيره
بقوله تعالى **ولا تتبع اهواهم** وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل
الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكر من الادلة ولو
كان مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سايغ
فينقض وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس
فيه خلاف لمستند الى دليل شرعي فحاصله ان الذي قضى به الاول لا يخلو
من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع
فلا كلام فيه واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي
فكذلك الحكم لا يتعرض له ينقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم
من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فابطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق
بتزوجها بعد والاحسن ان يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما
ان يكون الخلاف في نفس القضا ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره
الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا قضى فبتنفيذه
وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضا اخر يرجح احدهما وذلك
مثل القضا على الغايب وللغايب وقضا المحدود في القذف وشهادته بعد
التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغايب او قضى
على الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه فبتنفيذه
يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضا لم يوجد محله
واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا
ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا
لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل
القضا بشاهد ويمين وبالقصاص بتعيين الولي واحدا من اهل المحلة
والبينة بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع عبد معتق البعض او بلزوم
ثمن متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة الجد او بسقوط

الدين يمضي بسنين او بجواز بيع جنين دعت امه ومات في بطنها او حل المطلقة ثلاثا
للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق
الثلاث جملة او بعدم وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كان ذلك لا
ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل
عند محمد رحمه الله حتى لو قضي بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما
اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلماء على احد القولين في عصر اخر بعدهم
هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلافه باقيا على حاله وقال
شمس الايمة يرتفع بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع
ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال وينفذ القضا بشهادة
الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة اي في الاملاك
المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول
ابي يوسف اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله
لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا
او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امراة وهي منكوحة الغير او
معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك
زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان
تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق
باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين ولذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا
يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة
فلذا في حل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكر لانا نجعل حكم الحاكم انشاء
وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشا
وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء
لا يراعى فيه شرايطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق
على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلا تكون شهادتهم حجة وانما لا
ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض

اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الالغا
بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة
بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة قولان وروايتان ولذا في البيع باقل من قيمته في
رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع باقل
من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضا فلا
يشترط فيه شرايط ولا يتمحض بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع الا تري
ان المكاتب والعبد الماذون له لا يملكانه واذا ادعت المراة ان زوجها ابانها
ثلاثا او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا
يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان
الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشاء قبل زوج اخر وفيما دون الثلاث مشكل
لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي ان يثبت الانشا على قياس قول ابي حنيفة وجوابه
ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف
الزوجين بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند
الحاكم فبقي ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضا بالنكاح قال رحمه الله
ولا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي
على الغايب سببا لما يدعا على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من
فلان الغايب وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجوز القضا على الغايب وان لم
يحضر من يقوم مقامه لانه عليه السلام قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو
سفيان غايب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله
عليه السلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت
على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا
ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام
الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي
بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح
ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل ان

يكون واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاستبانة
الا ترى انه عليه السلام قال فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل
على ان العلم بوجه القضا شرط لصحة القضا وان الجهل يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بده صح
بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته
لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا وانما كان
فتوى او اعانة على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه
السلام عالما بانها امراته ولم يكن على وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه السلام
البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان
في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له بكلام المدعي
اذا لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة على
خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعا عليه لا يقضي عليه حتى يحضر هو او من يقوم
مقامه فيقضي عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية
ولو اقر عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه قضي عليه وهو غايب لان له ان يطعن
في البينة فيبطل به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي بالبينة ايضا ثم يقوم من صح
مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد
يكون حكما وذلك بان يكون ما يدعيه على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر
وهو نوعان احدهما ان يكون ما يدعيه على الحاضر والغايب سببا واحدا مثل
ان يدعي دارا في يد انسان وانكر ذو اليد وادعى انها ملكه واقام الخارج البينة
انه اشتراها من فلان الغايب او ادعا في دار في يد انسان شفعة لان ذا اليد
اشتراها من فلان الغايب او ادعا على شخص دينا على انه كفيل عن الغايب الف
درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغايب والحاضر حتى
اذا حضر الغايب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه
عليهما شيين مثل ان يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون فاقام
المقذوف البينة ان مولاه الغايب قد اعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا او قال
المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما

وهو يملكهما

وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغايب لان الحقين لشيء واحد ولا ينفك
احدهما عن الاخر لان ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار
ولذا لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه الغايب عفي عن القود وقال انقلب
نصيبي مالا يقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا يقبل في حق الغايب
ويقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغايب بنقل امراته او عبده
اليه فاقامت المراة او العبد بينة انه اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد
عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان
ولذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعا ان مولاها زوجها من فلان الغايب واراد رد ها
بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على
الغايب شرطا لما يدعيه على الحاضر والغايب مثل ان تقول المراة لزوجها انك
علقت طلاقي بطلاق فلان الغايب زوجته ثلاثا واقامت بينة ان فلانا طلق
زوجته ثلاثا لم يقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر يقبل بان
قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغايب الدار فاقامت بينة انه دخل الدار
يقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين من قال في الشرط ايضا يقبل مطلقا
كما في السبب منهم علي البزدوي لان دعوى المدعي كما توقفت على السبب
تتوقف على الشرط ايضا **قال رحمه الله** ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب
على الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض
والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لا ن
الاقراض تبرع الا ترى انه لا يجوز التاجيل فيه كساير التبرعات فلا يملكانها
ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على مر الزمان
ويموت شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولان كل شاهد غير مقبول
ولان كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن
تصرف في حقه لان القاضي لكثرة الاشغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه
وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم لانه يكون مضمو نا
عليه والوديعة امانة ان هلكت تهلك بغير شيء ونومن التوى بجحود المستقر ض

لكونه معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس الا من امين
ثقة ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشغاله يخاف
ان ينساه قال شمس الائمة في الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعنى ما
بينا وليس له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتفقد الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل
احد منهم حاله اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن
انما يقدر من الغني لا من الفقير الا انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فلذا ليس
له ان يتركه عنده انتهاء والله تعالى اعلم بالصواب

باب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء وهو ثابت بالكتاب
والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من
اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي انه عليه السلام نزل على حكم
سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله
حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح
لو صلح الحكم قاضيا لما تلونا ولما روينا ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول
ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على
العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان
اباحته ولذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكما على عاقلته ولا على
القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على
العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره او ثبت جراحه ببينة وارشها اقل
مما تحمله العاقلة خطاء كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما تحمله ولكن الجراحة
كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله واجاز في
المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف
وشرط ان يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط
في القاضي حتى لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه

لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فلذا حكما فاسقا او امراة
جاز حكمها في القضاء لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة
في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء للحكم بين اهل الذمة قال رحمه الله ولكل
واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم
بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال
ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم
من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات
والشركات والوكالات قال رحمه الله فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن
ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان
حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه
بعد تمامه فهذا اولى قال رحمه الله وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه يعني
اذا رفع حكمه اليه وكان كما عنده نفذه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه
ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض اخرى خلافه نقضه اذا رفع
اليه لان امضاه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه قال رحمه الله
والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من
جهته بخلاف الكتاب والسنة والاجماع لان المولى من جهة الامام له ولاية على
الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة
في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه لحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح
فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات
حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا هذا وهذا لانه اعطي
له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفي حق غيرهما كواحد من
الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد
ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر هذا
المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان
الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكره صاحب

الهدايه وقال في النهايه لو قال الحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا
وكذا او قامت عندي عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت
عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة
بشيء ينفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي
المولى اذا قال في حال قضايه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة
قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا
هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال الآخر لم يحكم بيننا وقال الحكم
حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استينافه فيملك الاقرار
به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك
الاقرار به وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل
او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت او نحو وجه من ان
يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله وان لم يلحق بدار الحرب
ولو غاب او اغمي عليه وبرى منه او قدم من سفره او حبس كان على حكمه لان
هذه الاسباب لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة ولهذا المولى القضاء ثم عزل
عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة
الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا
لو حكم بينهما في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن
كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز
لانهما رضيا برايهما لا براي احدهما والله اعلم بالصواب قال رحمه الله وبطل حكمه
لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم لهؤلاء
كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز
عليهم لما ذكرنا وتجوز ان يقضي لابي امراته وامها وكذا الامراة ابنه او لزوج
ابنته اذا كان المقضي له بالحيا لان شهادته تجايزه فهذا هو الحرف وان كان
ميتا لم يجز لان القضا لهم قضا لزوجته وولده ان كانوا يتوارثون وان
كانوا لا يتوارثون لعدم التهمة وتجوز القضاء للاخوة واولادهم والاعمام

لان شهادته لهم جايزه والله تعالى اعلم بالصواب

باب مسايل شتى

لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة فيه
بلا رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علوه فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا اخلاف ابي حنيفه رضي الله عنه وقالا يصنع
فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو
بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفه
على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقته وهو ان
الاصل عندهما الاباحه لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمه لعارض
وهو الضرر بالغير فما اشكل بقي على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر
لانه يتصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستاجرة والاطلاق
لعارض وهو عدم الضرر فيتبين فما اشكل بقي على اصل الحظر وهذه الاشياء
من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل
من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب السفل
ان يبني ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى
فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن
اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا
انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو
ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس
كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان
يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار وبعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان
يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي
ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق
به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه
بعتق او نحوه وذلك الحلواني ان حل من اخر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل
احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه ان يخبره وذلك

مثل كري النهر واصلاح سفينة متعيبة وفدا العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون متطوعا
كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه اصلا ولم يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا بالاصطلاح فصار مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضي خان
ولو تصرف صاحب السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به
صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال رحمه الله وزايغة
مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف
المستديرة معناه سكة طويلة يتشعب منها سكة اخرى طويلة وهي غير
نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب
يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها
على الخصوص الا ترى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل
الاولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك
السكة فيمنع منه لانها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق بهم ضرر
بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان للاستطراق حق
العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو
له ان ينقض كله فاولى ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما
ذكرنا ولانه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل
بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني
بخلاف ما اذا كانت الزايغة الثانية مستديرة بحيث يكون لكل واحد من
اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج
حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهي بينهم على
الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا كله اذا كانت
السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم
اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه بغير ما شاء من التصرفات ما لم يضر
بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران

وما فيه

وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حايطا وعن ابي يوسف
ان الجيران اذا تاذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو
اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه
ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك
يقينا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بناء تنور في داره للخبز
الدايم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك
يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه
تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حايط بين دارين
ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده في البنا قال اصحابنا لا يجبر
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال
قاضي خان ان كان الحايط يحتمل القسمة ويبني كل واحد السترة لا يجبر والا اجبر
في نصيبه صح
وقيل ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة
وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله ادعى دارا في يد رجل انه وهبها
له في وقت فسيل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل الوقت
الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل لوجود التناقض في الوجه الاول
لانه يدعي الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض
ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني يمكن اذا الشرا وجد بعد الوقت
الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسئلتان
بحالهما لا يقبل في الاولى ويقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا
فرق في ذلك بين ان يقول جحدني الهبة اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض
لانه يدعي شرا ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا
بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ جميع
العقود تنفسخ بالجحود اذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه يقبل
الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان يقبل
بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا متاخرا ومثله لو ادعى دارا في

يد رجل انه اشتراها من ابيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة
البينة وحلف ذو اليد فاقام المدعي بينة انه ورثها من ابيه يقبل لامكان التوفيق
على ما بينا ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم امكان
التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق
وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا توفيق وقيل ان التوفيق من
غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله
ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر فللبايع ان يطاها ان ترك الخصومة
لان المشتري لما جحد الشري كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان
الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل فكان بينهما مناسبة
فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البايع بترك الخصومة تم
الفسخ فحل له وطيها وله ان يردها على بايعه بالعيب ان وجد بها عيبا قديما
بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها
منه لا تقبل بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري
ليس له ان يردها على بايعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان
ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا
التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ
من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل
القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون
فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم فكيف يكون فسخا وانما نثبته بالعزم واليمين
او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الى بيته او
بالاستخدام واسكانها بيده لان التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا
دلالة اذ الفعل قد يوجد دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول
قال ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف معناه اذا قال قبضت
منه عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا او مفصولا
ولذا اذا ادعى انها نبهرجة ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم ه

الخصومة صح

يعني قال الفقيه وابو الليث هذه الدلالة ... تاخذها واستعملها كان ذلك فسخا منه دلالة صح

الدراهم

الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف
والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق في انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لانه مناقض لان الزيوف
ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض
الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض
حقه ايضا وبخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون
القول قول البايع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى
قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل
كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم
يقر بقبض حقه وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن
مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف
مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه
او استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق وهو المراد
بما ذكرناه وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه
ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره
شيخ الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار
والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة
هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي
الستوق عندهم ما كان الغالب عليه الصفر والنحاس هو الغالب قال
ومن قال لاخر لك علي الف فرده ثم صدقه فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره
بالف فرده المقر له بان قال ما كان لي عليك شيء او قال بل هو لك او لفلان
ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه او بعده فلا شيء على المقر لان
الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة
او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه

لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقي على حاله
فيعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر
بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفه رحمه الله حتى
اذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقوى لانه لا يحتمل الابطال فلا
يرتد بالرد ولو قبل الاقرار والابرا عن الدين او وهبه له ثم رده لا يرتد لانه
بالقبول تقدم ولذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة
العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو اقر بشي لانسان كالدين وغيره
فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضه
فتفسد فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شي ثم ادعا ان له عليه دينا
واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف اذا ادعا انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر
له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه الاشيا قبل تحققها تحرزا عن
امتناع الاخر عن التسليم قال ومن ادعا على اخر مالا فقال ما كان لك علي
شي قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضا او الابرا قبل اي
ادعا رجل على رجل الف درهم فقال المدعا عليه ما كان لك علي شي قط فاقام
المدعي البينة ان له عليه الف درهم واقام المدعا عليه البينه انه قضاه او ابراه المدعي
عنه تقبل بينة المدعا عليه وقال زفر رحمه الله لا تقبل لان القضا والابرا يكون بعد
الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي
ويبرا منه الا ترى انه يقال قضي بباطل وقد يصالح على شي فيثبت ظاهرا ثم
يقضي الا ترى انه لو ادعي القصاص على شخص فانكر فاقام المدعي البينه واقام المدعا
عليه البينة على العفو او الصلح عنه على مال تقبل بينته ولذا لو جرى مثل
ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك علي شي الا التوفيق
فيه اظهر لانه للحال قال رحمه الله ولو زاد ولا اعرفك اي لو زاد هذه الكلمه
على ما ذكرنا بان قال ما كان لك علي شي قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعا عليه
على القضا والابرا لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معامله

من دفع واحد وقضا واقتضا بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري انه يقبل
ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدره قد يودي بالشغب على بابه فيامر بعض
وكلايه بارضايه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في
النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعا عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته
وفي الكافي قيل تقبل البينه على الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا
فيمن قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعي اقرار المدعي
بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار قال رحمه الله ومن ادعي على
اخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشرا فوجد بها عيبا
فبرهن البايع انه بري اليه من كل عيب لم يقبل اي وجد المشتري بها عيبا
فردها عليه فاقام البايع البينه انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البايع
وعن ابي يوسف انها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه
وكيله وابراه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره ابو يوسف
انه لو ادعا الشرا من شخص وهو ينكر فاقام المدعي البينه على الشرا منه واقام
المنكر البينه انه قد رد المبيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التاويل او يقول
اخذه مني ببينة كاذبة ثم استقلته منه فاقالني ووجه الظاهر ان اشتراط
البراة تغيير العقد من اقتضا وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد
اذ الصفه بدون الموصوف لا يتصور وقد انكره فيكون متناقضا بخلاف
ما تقدم من مسايل الدين لان الباطل قد يقضي على ما مر قال رحمه الله ويبطل
الصك بان شا الله اي يبطل صك الشرا والاقرار اذا كتب في اخره ان شا الله
حتى يبطل الشرا والاقرار بذلك ولا يلزمه شي لان الاستثنا مبطل على ما عرف
في موضعه ولو كتب في اخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيلي ان شا الله فما
ادرك فلانا من درك فعلي فلان تخليصه بطل الصك كله عند ابي حنيفه رحمه الله
حتى يبطل الاقرار والشرا وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان
الدرك ويبقى الدين على حاله اذ الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب
للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصدوه

فينصرف الى ما يليه ضرورة الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلائه وقال
في اخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله تعالى ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا
يبطل الكتاب كله فكذا هذا ولان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى وما ذكراه من العادة انما جرى بان يترك فرجة او
يكتب بخطه على حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشرا ولا
الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان الاستثناء انما يكتب في مثل
المسالة للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك
يبطل بالاجماع ثم اذا ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم ان يكتب في اسفل
الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه اي وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من
الحق وفائدة هذه الكتابة ان يثبت فيه رضى الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة
لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل المجهول وان كان
لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط
يجوز وان كان مجهولا اذ لا يؤدي الى النزاع ثم يوكل من يشاء وقيل لا يفيد
على قوله ايضا وانما يفيد على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجوز
توكيل المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن ابي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله
وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل
موته فالقول لهم وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث والاصل
في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته واقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف
اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في
جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره
للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد
موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة
ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك
واما الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا فاصله ان

الظاهر

الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسالتين ويصلح للدفع
وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسالتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت
على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقأت عينيه وهو
في ملك البائع وقال المشتري فقأته وهو في ملكي كان القول للمشتري فياخذ ارشه
منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره
فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستاجر
في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال وكان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا
الظاهر لانا نقول انما يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق وهو
عقد الاجارة موجودا في الحال وكذا في المسالة الاولى السبب وهو ملك
الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسالة الميراث فانها ليست بموجودة
في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا
فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان
الظاهر يضاف الى اقرب اوقاته لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو
الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث قال رحمه الله وان قال المودع
هذا ابن مودعي ولا وارث له غيره دفع المال اليه يعني اذا مات رجل وله مال عند
رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع
المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا اقر
انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض
او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين
بازالتها عن يده لان يد المودع يد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد
موته بخلاف المديون اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع
اليه لانه اقرار خالص عليه اذ الديون تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع اليه
ولو دفع الى الوكيل في الوديعة فهلك في يده ليس له ان يسترد من الوكيل
لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة
في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا

عينيه

وانما اذا كان السبب موجودا ... فيستحق به ... وهو عقد الاجارة موجود في الحال صح

جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل
لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف
في اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى انه وصي الميت فصدقه
مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال رحمه الله وان قال
لاخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضي للاول يعني قال مودع الميت لرجل اخر بعد
ما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه الابن الاول قضي بالمال للابن الاول لان اقراره
قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان
للاول ابنا معروفا وهذا بخلاف اقراره للاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل
ينبغي ان يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول لو سلمه
اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا هذا ايضا يضمن نصيبه اذا
دفع الى المقر له الاول بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية قال ميراث قسم
بين الغرماء لا يتكفل منهم ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا
ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا
ثبت بالاقرار يؤخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم
كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم ولا يحتاج فيه الى
اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف
فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب
ويحتمل ان يكون ثمة وارث او غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة
فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الابق الى صاحبه
او اعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر
ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا اثبت
الشراء ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا لان
القاضي مأمور بالظاهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره او لانه لو لم
يجد كفيلا كان منع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد

الغرماء

الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والابق واللقطة على الخلاف
في الاصح وان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت بينته حرم تأخير حقه ولا
كذلك الدفع بذكر العلامة في هذه الحالة غير واجب فلهذا اجاز منعه فلذا تأخيره
لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يدفع اليه
حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم بالاتفاق ولو كان التاخير ظلما
لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى معنى اخر بعد ظهوره يقينا
شرعا لاجل موهوم غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم
له وارثا اخر ولو كان لاجل الوهم يحل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه من
التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان
ومثله جائز الا ترى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو
ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يراد به طمأنينة القلب
فلذا التلوم وقد رمدته مفوض الى رأي القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله
وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب
وعلى ان ابا حنيفة رحمه الله بريء عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل
عنه انه قال لابي يوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو
المأمور به وهو حجة في حق عمله حتى يجب بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان
اخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون كانه اصاب الحق قال رحمه الله
ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ له غائب وبرهن عليه اخذ نصف المدعى فقط
يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يد ذي
اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان
كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك
في يده لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يأمن من الجحود ثانيا والقاضي
نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لان البينة لا تؤخذ
في كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الاخذ منه ووضعها في يد عدل
ولانه يخاف ان يتصرف فيه لان من يدعي ان الشيء له وهو في يده لا يمتنع

من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين
ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاضر ليس بخصم عن الغايب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي
ان يتعرض لودايع الناس ولا لغيرها حتى ياخذ من ايدي من هي عنده فصار نظير ما
لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم
يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضا وقع للميت مقصودا ولهذا قضي على ذي اليد
بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضي بها ديونه وينفذ فيها وصاياه وصاحب
اليد مختار الميت او محتمل ذلك فلا ينتقص يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع
بقضا القاضي فالظاهر انه لا يجحد بعد ذلك لكون الحادثة معلومة
له وللقاضي ومسجله في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت القاضي فيعود الى الانكار
لانا نقول موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضا والذين شهدوا باصل الحق
او نسيانهم من اندر ما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك
النصف الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى
الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير
الغايب لان له ولاية الحفظ عليه كالاب ذلك ولذا حكم وصي الام والاخ على الصغير
فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قايم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر يعني
انه مضمون عليه ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوى
وانما لا يوخذ الكفيل منه لان فيها انشا خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشايها
واذا حضر الغايب لم يحتاج الى اعادة البينة ولا القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن
الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه
فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام ساير الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء
فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نايبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم
ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نايب فيه عن الميت فيما له
وعليه فيكون نايبا لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضا على
جميع الورثة اذا كان المدعا في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ

بقدره

بقدره لان دعوى العين لا يتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما
في يده بخلاف ما اذا كان المدعا على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة
خصما على الكل مطلقا قال رحمه الله ومن قال مالي او ما املكه في المساكين صدقة
فهو على كل شي والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر
رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال في
باب الصدقات بايجاب الله منصرف الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق للسايل
والمحروم وقوله خذ من اموالهم ولهذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية
لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي لان العادة ان
الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكوة حال حياته
وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب فيه الزكوة وهي السوايم
والنقدان وعروض التجارة سوآء بلغت نصابا او لم تبلغ قدر النصاب
وسوآء كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما
يجب فيه الزكوة لا قدرها ولا شرايطها وتدخل فيه الاراضي العشرية عند ابي
يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا يرى ان مصارفه مصارف الزكوة
فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المونة
ولهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها كالاوقاف
فكانت جهة المونة راجحة عنده وذكر في النهاية قول ابي حنيفة رحمه الله مع
قول محمد قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل الارض الخراجية لانها محض
مونة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل وثياب البذلة
وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكوة لما ذكرنا ومن مشا
من قال في قوله ما املكه وجميع ما املكه في المساكين صدقة يجب عليه ان
يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان
في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال الا يرى ان
الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك

فهو على مال الزكاة مع ولوا وصي بثلث ماله فهو مع

مفرقة

المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم بينا ولجميع ما يتصدق
به كما لو نص عليه بان قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول
لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون المنصوص الوارد في احدهما واردا في الاخر فيكون
فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل
عن الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما تجب فيه الزكوة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما
دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيئا بعد ذلك تصدق
بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس من
ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين
في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد
له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة ايام وبعضهم
اكثر وبعضهم اقل ولذا اهل التجارة واهل الريع يتجدد لهم في كل سنة واهل
الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك
اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصلة قال رحمه الله ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيئا من التركة
قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم
علم لم يجز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما
انابة الا ان احدهما في حال الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة
لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث
وثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير
علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف
لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك
بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته
بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا
يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان
وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال ومن اعلم بالوكالة صح تصرفه

اي اذا وكل

اي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء
اخبره بذلك عدل او غير عدل صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام
وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات ولذا لا يشترط فيه
الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز قال
رحمه الله ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده
والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر
عدل واحد او اثنين غير عدل الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
رحمهما الله لا يشترط في المخبر هذه الاشياء الا التمييز لانها من المعاملات
فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابي حنيفة ان في هذه الاشياء الزاما من
وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بيانه ان الالزام ان
التوكيل يلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه شيء على تقدير عدم
التصرف ولذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير
الطلب لا يلزمه شيء ولذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير
الرد لا يلزمها ولذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه
الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه
يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من
كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فان كان فيه الزام من وجه دون وجه
يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره
لان المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام الا فليبلغ
الحديث وفي الرسول لا تشترط العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج
وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته
حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في
الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي
العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل

قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله ولو باع القاضي
او امينه عبدا للغرماء واما المال فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن العبد
في يد البائع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري لانه امين القاضي
قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو
لزمه الضمان لتقاعد واعن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت
مصالح المسلمين ولذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم
الي المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا قال ورجع المشتري
علي الغرماء لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها علي العاقد
كما تجعل العهدة علي الموكل اذا تعذر جعلها علي الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا
محجورا عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق
او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري علي الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة
عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه
ظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت
لا ليكون قائما مقام القاضي فصار كما لو اوصى اليه الميت قال وهو علي الغرماء
اي رجع الوصي علي الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان
يرجع به علي من وقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه
لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصي او للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا
كان البائع هو القاضي او امينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به
لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث
اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه
هو العاقد رجع عليه المشتري لما ذكرنا قال رحمه الله ولو قال قاض عدل عالم
قضيت علي هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله وسعك فعله قيده هنا
بكونه عدلا وعالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه
فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول

وأولي الأمر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال
فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولي في موضع الا قاض واحد في الاعصار
كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم
رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا تاخذ بقوله الا ان يعاين الحجة او يشهد بذلك
مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة زماننا والتدارك
غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم السلام وغيرهم غير معصومين
عن الكذب والغلط الا في جانب القاضي لضرورة احياء الحقوق ولان
الخيانة في مثله قل ما تقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل
قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لان العدالة تؤمن من الميل بالرشوة
والفقه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد
يظن غير الدليل دليلا فان احسن بان يذكر شرائطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا
باقراره ويحسنه فيأتي بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه
عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرائطه من نصاب الشهادة او التكرار
في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا ان يعاين الحجة لاحتمال
الخطا او الخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا
والمصنف رحمه الله اختار هذا القول واذا لم يصدقه فلا يمين على القاضي
لان اليمين يجب علي الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما
لما نفذ قضاؤه قال رحمه الله وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك الفا
ودفعته الي زيد قضيت به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي
وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله
مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضائه
صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي علي سبيل القضاء لا
يوجب عليه الضمان فكان القول قوله ولا يجب علي القاضي في ذلك يمين
لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين علي القاضي لما
ذكرنا ولو اقر للاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي

حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانا فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الايمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعا تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل مني وقعت المنازعة في الاسناد حكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه يثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقه اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى ولذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قايما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك الانشا فيصير مدعيا وكذا مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القايمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها ما يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من فضل القاضي في حقها حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن

لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضا حذار الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الاخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضايه او ادعا انه فعله في غير قضايه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كان له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهي نظير مسئلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسايل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لانه لما اسند الى حالة منافية للضمان واورد في النهاية على المسايل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه يصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التمليك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق عن مخلص والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة ولهذا قالوا انها مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضا ولفظة الشهادة فشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعا عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله وتلزم بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان لان النهي عن الشي يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد ولان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفرضية الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى الالة التي وقع

الشهادة التي تنبي عن المعاينة وتسمى الاداء شهادة لانه آلة لاداء الاسم السبب وقيل هي على السبب وقيل هي مشتقة من الشهود صح

بقى الفعل وهي القلب لأن اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله ابصرته
بعيني اكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرايم بعد
الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته ويتعين عليه الاداء وان
علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت
قالوا لا يأثم وان ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته
لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من
موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة
ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى
ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس
الحاكم وليس له شيء للركوب فركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته
لانه من باب الاكرام للشهود وان كان يقدر وركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل
قال رحمه الله وسترها في الحدود احب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو
سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين
الستر والاظهار ولكن الستر افضل لقوله عليه السلام من ستر على مسلم
ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للحد وعن النبي صلى
الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان
فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله وكان حسنا ولا يلزم على
هذا قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا الآية
لان ظاهر الآية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة لاجل انهم
امنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد
ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد بقوله تعالى
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا احسن والاول وهو احسن الستر لما بينا
ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد
بدليل قوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود
ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء

تعالى صح

مع لومه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس احد الحقين على الآخر قال
ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر
في الحد افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق
المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا
يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فتوقاه مراعاة لجنبه اذ هو محتاج اليه وفيه
صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله
وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم
يأتوا باربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه
السلام ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر
دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكور فيه ولان الله تعالى يحب الستر
على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي
اشتراط الاربع لذا مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه
الفاحشة قل ما يتحقق واوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان
اجنبيا واللعان ان كان زوجا جل ذلك يولد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال
ليس في هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل
باقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء
المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل لما ان النافي
للحكم عند انتفائه لا يبقيه الا العدم دليل يقتضيه اذ هو لا يثبت الحكم الشرعي
بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور ههنا وهو
اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا انتقص
عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد
الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب
عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من
الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة

بين الاصل والفرع ولا يكون في الفروع نص يدل على العمل به **قال** ولا تقبل في
الحدود والقصاص رجالان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود
والقصاص **وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم** ولان شهادة النساء فيها
شبهة البدلية لان كل اثنتين منهن قايمة مقام رجل فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات
كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان
البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل
تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا
ان لم يشهد الحال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التاويل لما
اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط
بالرجال ايضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب
الضمان على الكل عند الرجوع **قال رحمه الله** والولادة والبكارة وعيوب النساء
فيما لا يطلع عليه رجل امرأة يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة
لقوله عليه السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع
المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال
حذيفة رضي الله عنه اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على
الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه ان تشهد اربعة من النساء لان كل
امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان
يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادة شيآن العدد والذكورة
وقد تعذر اعتبار احدهما فيبقى الاخر وهو العدد على حاله والحجة عليهما ما روينا
ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فلذا
يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنان او الثلاث فيه
من معنى الالزام ويشترط فيها شرايط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل
والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرناه
كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع واما شهادتهن في استهلال

سائر صح

الصبي

١٩١

الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مما يطلع عليه الرجال
وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين لشهادتها في هلال رمضان
وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من
حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة وتقبل في
الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل
بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم يقبل كما في الزنا
قال رحمه الله ولغيرها رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او غير مال
كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال
الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل
وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان
كثرن ولا مع الرجال في الحدود وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة
وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما
اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية
والاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبتني
على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتني على انتفاء التهمة بالكذب
والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء
لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث
يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتها
كالرجال ولكن جاء النص بخلافه فجعل بلا شرح وجههن ونقصان الضبط بزيادة
النسيان انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا
الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به واي شبهة اقوى من الهزل بخلاف الحدود
والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة **قال رحمه الله** وللكل لفظ الشهادة
والعدالة اي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى

أي لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامرأتين مع

ب

دتهن مثلها

بيانه لفظ الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته
لان النصوص ناطقة باشتراطها فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد
لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والامتناع عن الكذب بهذه
اللفظة اشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر
حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يأتي بكل لفظ يعطي ذلك المعنى
كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره مما هو في معناه
ولفظ الايمان يجوز باي كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم

لسان صح

الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون
لا يشترطون لفظ الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه
من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة
ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة
هي المعينة للصدق قال الله تعالى **واشهدوا ذوي عدل منكم** وقال تعالى
ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من يباشر غير الكذب
من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة
يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق
ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة
اذ الفاسق اهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان
فسقه اوجب التوقف في خبره للتهمة قال الله تعالى **يا ايها الذين امنوا ان
جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا** امر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على
ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في
شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته تمنع عن
الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما
له قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق
امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون

معلنا

معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد له منه **قال
رحمه الله** ويسأل عن الشهود سرا وعلنا في سائر الحقوق وهذا عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد
حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه يسأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص
فانه يسأل عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه
وظاهر قوله تعالى **وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس** يشهد
له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفي
بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة
بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لخفائها ولو زكي
فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل به على عدالته
انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها
وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه
كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود وا
لقصاص لانهما يدرآن بالشبهات ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من
غير طعن خصم رجاء ان يسقط ولهما ان القضاء يبتنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة
العدول على ما بيناه والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق
فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان وقيل
هذا الخلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن الثالث
وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه السلام
خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل
قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والاية التي تلونا والحديث الذي رويناه
يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير الناس وظهرت الخيانات
والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد
في هذا العصر اكثر فالتعديل في السر ان يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل

الذي اثنى عليهم صح

احوال

فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه وان كان سوقيا
فيسأل عنه جيرانه واصدقاؤه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في جانب
[ومن عرفه بالفسق] القاضي انه عدل جائز الشهادة سكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم [صح]
الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف
حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا الا يظهر فيؤذي
ولا بد في التعديل في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد لينتفي شبهة تعديل
غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية
وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم اهل الشر
ويكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان
يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب
يكون عدلا والاصح ان يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا
كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد
واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكره في الجامع ان الناس احرار الا في الشهادة
والحدود والقصاص والقتل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل
يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا الحسن ذكر في مختصره ان
الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والقتل فانه لا
يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد وقال
القاذف المقذوف عبد وقال الشاج المشجوج عبد او قالت العاقلة القاتل
عبد لا تقبل شهادته ولا يجب عليه حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس
ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله
فان القاضي يحكم بظاهر العدالة بكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن سأل
على ما بينا **قال** وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني [يفيد صح]
تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود
واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة
فانه لا يراها مع هذا فرع عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من

زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح
وعن ابي يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله
لا بد من ضم اخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه على ما يجيء من قبل
والمراد فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا ونسوا اما اذا قال صدقوا وهم عدول
صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء
لانهم مع كونهم عدولا لا يبعد منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون
كلامه صوابا **قال رحمه الله** والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة لان التزكية
من امور الدين فلا يشترط فيها العدد حتى تجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى
والمحدود في قذف اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية الا ترى
ان روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط
في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة
ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق رجلان
او رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة
لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية
ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى الشهادة وانما هو في معنى
الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وخيار تزكيته من لا تقبل
شهادته له كتزكية احد الزوجين للاخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس واشتراط
العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس لترجيح جانب الصدق في
حق العمل في قوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا ترجح
بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن
تركنا ذلك للنص فبقي ما وراءها على الاصل وفي المحيط اجاز تزكية الصبي وقالوا
يشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة
والترجمة رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود ودل ذلك على الخلاف
الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط في الكل اثنان وينبغي للقاضي ان يختار
في المسائلة عن الشهود من اخبر باحوال الناس والتزم اختلاطا بالناس مع عدالته

عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير جدا يخدع بالمال فان لم يكن في
جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به يسال اهل محلته وان لم تجد منهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار
وهذا الذي ذكرنا كله في تزكية السر واما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط
في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها
اظهر فانها تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله وله ان يشهد بما سمع او راى في مثل البيع
والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه اي يجوز له ان يشهد في كل
ما يتم بنفسه اذا عاين السبب الى اخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه
لما تلونا ورويا وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا
فدع ويقول اشهد انه باع او اقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا
اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة البيع هو مبادلة المال
بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطا لانه
بيع حكمي وليس ببيع حقيقي ولا يقول اشهدني الا اذا اشهده حتى لا يكون كاذبا وكذا في
الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع
من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا
اذا كان في الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم الشاهد انه ليس فيه غيره ثم جلس
على المسلك وليس له مسلك غيره فيسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم
وينبغي للقاضي اذا فسره له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز
الشهادة القبول عند التفسير الا ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز في اشياء وعند
التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امراة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد
عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله ولا يشهد على شهادة
غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة لا تثبت حكما بنفسها ولا تصير حجة الا بالنقل الى
مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل كلامه حجة الا
بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره
على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار

نظير ما لو سمع

نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان يتصرف بما لم يوكله لان الموكل
لم يرض برايه قال ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا اي لا
يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في
ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان
يحكم بتلك الشهادة ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او
بخط غيره وهو معروف انه قرا على فلان ونحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة
او القضية او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة ووجهه قوله تعالى الا
من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد
شرط ان يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط
فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور وهذا لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر
فيه فاذا لم يفد التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز
لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة
للامر على الناس وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر
وكذا للقاضي ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد ان يشهد
[illegible] به خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة
فهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتب ما يجده في قمطره لتعطلت احوال الناس ولان
سجله في قمطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة
تكون في ايديهم فيؤمن التزوير ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون
في يد الخصوم فلا يامن من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد
عنده شاهدان بانه قضى بكذا فعلى الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف
لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو اخبره قوم يثق بهم ان كان شاهدا لا يسعه ان يشهد
وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه
فعند ابي يوسف لا يعتمد ولا يجوز له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد ذلك
في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه ان يشهد قال رحمه الله
ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي

وأصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا تجوز لان الشهادة
لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر
ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف من حكم النكاح ولهذا
لا يجوز للقاضي ان يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر القاضي
لا يقبله وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها الخواص من الناس
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالتسامع
ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب تقترن بها ما تشتهر به فان النسب
يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت
بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول
يتعلق به احكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة
المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان
فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا تختص
مشاهدة اسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة
ولان الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشيا بالشهرة الا ترى انا
نشهد ان عليا تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج
بنت علي ولو تعلقت بعلم السبب ادى الى عدم الشهادة بها اصلا لان سبب
النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير
وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفي في الكل بالدليل الظاهر ثم انما
يجوز ان يشهد بهذه بالتواتر او باخبار من يثق به واذا راى امراة يدخل عليها رجل
وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس انها زوجته جاز له ان يشهد به وان
لم يعاين عقد النكاح ولذا اذا راى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات
جاز له ان يشهد بانه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او رجل
وامراتان وهم عدول ليحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل في الموت يكتفي باخبار
واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره
لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير

الموت

الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فلذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت
الا شخص واحد واراد ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان
بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسائل ولو شهدا انه حضر دفنه فهو معاينة وقوله
واصل الوقف يحترز به من شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر دون شرائطه فلا
يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني رحمه الله انه لا بد من بيان الجهة بان يشهد
انه وقف على هذا المسجد او الفقراء وما اشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة
لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة
كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب
فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان
العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني عليه وذكر شمس
الائمة السرخسي ان الشهادة بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف
ثابت فيه ايضا ثم ينبغي ان لا يفسر انه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كالمعاينة
شيء في يد انسان يطلق له الشهادة واذا فسر لا يقبل قال رحمه الله ومن في يده
شيء سوى الرقيق لك ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على
الملك اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما
في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره وذلك راجع الى اليد لان الملك ثبت
للبائع باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشتري فثبت بهذا ان لا دليل
على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف
على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى
اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يؤدي الى انتفائها فهو المنتفي وعن ابي يوسف
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة
بلا علم لا تجوز لما بينا ولهذا قيل لو راى درة ثمينة في يد كناس او كتابا
في يد جاهل وليس في آبائه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد له قالوا يحتمل
ان يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك ان تشهد انه له

وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة
الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تميز الا بالتصرف قلنا التصرف ايضا متنوع
الى وكالة واصالة وشرط النسفي التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان الاصل
في الشهادة الاحاطة واليقين لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه
غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال
ان البايع لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها
ولكونها في يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسئلة
على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع احد ثم رآه في يد غيره بعد جاز له ان يشهد
للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا
بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي
نسب اليه الملك وادعا ان المحدود ملكه على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان
النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم
يسمع مثل هذا ضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز اصلا ولا يتصور ان
يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع
وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين
الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا
حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد
بالملك له والرابع ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع
ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له لانه
لم يحصل له العلم بالحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق
اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا رآه في يده لان للرقيق يدا على
نفسه حتى اذا ادعا انه حر للاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على
الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو
الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم طاعة العبد فلا يصلح

دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية
جعل ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا الا يرى ان من ادعى
رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذي اليد لان الظاهر شاهد له
بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه اما اذا كان غير مميز
او كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا رآه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا
يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال
وان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا تقبل اي فسر للقاضي انه يشهد
بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع
يجوز له الشهادة برؤيته في يده لان التسامع او الرؤية في اليد يجوز للشهادة بالملك
والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة او اطلاق لاحتمال
المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او رؤية في يده فلا يزيده علما فلا
يجوز له ان يحكم بها الا يرى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته
في يد انسان فاولى ان لا يجوز بسماع غيره او برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب
بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فلذا ينبغي ان لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز
القضاء به الا انا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها
وبقي القضاء على اصل القياس قال رحمه الله وان شهد انه حضر دفن فلان
او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم فوجب
قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما
شهدنا الا بما علمنا والله اعلم بالصواب ،،

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر
تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانه يساوي البصير
في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول
ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في التعريف على الميت وفيما
بين ذلك ولا خلل في حفظه ولم يبق في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها

عند تعذرهما في الشهادة على الميت وقال مالك رحمه الله تقبل شهادته مطلقا كالبصير
ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلبيس
من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة
وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون
الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطي امرأته حيث تجوز له مع هذه الشبهة
لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل
ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها
لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق او ارتد
والعياذ بالله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها
قال والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس
فيه معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما فاولى
ان لا يكون لهما ولاية على الغير قال رحمه الله الا ان يتحملا في الرق والصغر واديا بعد
الحرية والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء
بالضبط وهما يتأتى ذلك وعند الاداء هما اهل للشهادة قال والمحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال
الشافعي رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا
تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امرأته طالق
وعبده حر وعليه حجة ان لم يدخل الدار فهو منصرف الى الجميع ما تقدم ولان هذا
افتراء على عبد من عباد الله والافتراء على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد الشهادة
على التأبيد بل اذا اسلم تقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه
هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير وهو مطهر ايضا فلا يصلح مناطا للرد
الشهادة فيتعين الرد بفسقه ولنا ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته
على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون ردا لما اقتضاه النص
فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف
للنص لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هنا

فصار من

١٩٧

فصار من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقوله
اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما
قبلها لان ما قبلها حدود ولهذا امر الائمة به وقوله واولئك هم الفاسقون ليس
بحد وانما هو اخبار عن وصف قائم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الائمة
لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم
يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم
لا واو عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه ضرورة
كقوله تعالى والراسخون في العلم الا ترى انه لا يصلح جزاء الجريمة والجلد ورد
الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة
فصار رد الشهادة قطعا للآلة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة
في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو
للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكرنا من المثال لان الواو
فيه للعطف الا ترى انها لما كانت كلها اجزاء لم يتوقف كلها على اخرها حتى اذا
وجد المعتبر في الاخير يعتبر الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه
وهو ان لا يكون في الفرع نص يمنع العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف
يمكن القياس عليه ولا يجوز ان يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص
في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا
الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز
فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة
بعد ما حد على انه زنا تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة
البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال رحمه الله الا ان يحد الكافر في قذف
ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها
بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه الا ترى ان المردود
لا يقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الاولى لا ترتد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم
اعتق حيث لم تقبل شهادته على احد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق

في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البينة على المقذوف انه زنا على ما مر وهذا لان
الرد من تتمة الحد نفي الكافر في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب
الذمي في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان
رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا
يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا ضرب السوط الاخير
بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء
الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته
وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف
ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى فما دونه لا
يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا
اقيم عليه الاكثر وروي عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة
اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله والولد لابويه وجديه وعكسه
واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا السيد
لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم
الزكوة الى بعض فيكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا فرق بين ان يكون على
العبد دين او لم يكن لان له حقا في مال المولى ما كان والاجير في الحديث التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو في معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم
كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع
لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر
على منافعه فاذا شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له باجر ومالك رحمه الله
يخالفنا في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي رحمه الله يخالفنا في
الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة
وقد تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا يجري القصاص

والمراد

١٤١٩٦

بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه
المفلس ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا
يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى
اي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد اولى وروي ان الحسين بن علي
رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ايت بشاهد
اخر فقال مكان الحسين او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسين فقال اما سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة
قال سمعت لكن ايت بشاهد اخر القصة التي اخرها وفيها انه استحسنه وزاده
في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه
من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله والشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير
شاهدا لنفسه وشهادة المرء لنفسه غير مقبول فاذا بطل في نصيبه بطل في
نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا يتجزى ولو شهد له بما ليس
من شركتهما يقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريك شركة عنان
ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا يقبل الا في الحدود والقصاص
والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا
الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب
لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست
بشرط قال رحمه الله والمخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر
ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر
الردي من الافعال ويلين كلامه عمدا لاجل ذلك معصية فلا تقبل شهادته
لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء واما
اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال
الرديه فهو عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله والمغنية لانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في حق المراة ولم يقيده

بكونها تغني للناس وقيده به في حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها
بخلاف الرجل على ما نبين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها تركت
المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبه اما التي تنوح في مصيبتها فلا
تسقط عدالتها قال رحمه الله والعدو ان كانت عداوته دنيوية لان المعاداة لاجل
الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يامن من التقول عليه واما اذا كانت العداوة دينية فتقبل
شهادته لانها من الدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد
تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا
المعنى ان المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية
قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال رحمه الله ومدمن الشرب على اللهو
اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط
الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يشرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه
لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك
منه او يخرج وهو سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروة لمثله ولا يحترز عن
الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو في حق المدمن وب
ليسا في جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرها فان الادمان شرط
في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضي خان لا تقبل شهادة
مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة وذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في
النهاية معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان
ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن
نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ثم لا تجوز شهادة مدمن السكر واراد به
السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط
الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب
ولذلك من جلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه
تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور
قال ومن يلعب بالطنبور لانه من اللهو ويناله بالطنبور وهو ايضا

مثله

مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا الدد مني ولان الغالب
فيه ان يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني
الحمام في بيته ليستانس به ولا يطيره فلا باس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك
الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير اذا كانت
تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل
له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله او يغني للناس لانه يجمع الناس على لهو ولعب
ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغني للناس اي
ليسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره
لا باس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روي ان البراء بن مالك دخل عليه اخوه انس
بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان انشد شعرا
فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او
كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ
من اجاز الغناء في العرس الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا للنكاح وقد قال
عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يغني ليستفيد به
نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن
الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى قال او
يرتكب ما يوجب الحد من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر
ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة
في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل
النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربا واكل
مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال
بعضهم ما فيه قتل او حد فهو كبيرة وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر
عنه فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار
وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة
اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته

إلى ما دونه فهو كبيرة وإذا نسبته إلى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أوعد عليها في
القرآن أو في الحديث المشهور يمنع قبول الشهادة لأن شهادة الزور موعود عليه فمن يرتكب
مثله من الذنوب يرتكبه فيصلح دليلا على ارتكابه الكذب لأن من لم يرتكب شيئا من المحرمات
ارتكب نظيره عادة وقيل إذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما
لعينه فكبيرة وإلا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة قال رحمه الله أو يدخل
الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام وقال عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى
أبو حنيفة رحمه الله رجلا في الحمام بغير إزار فقال ألا أيها الناس خافوا الله ولا تدخلوا الحمام
من غير مئزر وذكر الكرخي أن من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا
تقبل شهادته لأنه تارك للمروءة قال رحمه الله أو يأكل الربا لأنه من الكبائر وشرط في
الأصل أن يكون مشهورا به وذلك بالإدمان لأنه لا يخلو التحرز عن العقود الفاسدة
وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الإدمان قال رحمه الله أو من يقامر
بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما لأن كل ذلك فسق ولذا إذا كان يكثر عليه
الحلف كاذبا لأن كل ذلك من الكبائر وقال في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من
غير اشتراط القمار ولا غيره لأن نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من
يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لأن للاجتهاد فيه
مساغا فلا ترد شهادته ما لم ينضم إليه أحد المعاني الثلاثة التي ذكرناها آنفا قال
أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون
والعلماء أبي حنيفة وأصحابه لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن
لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما إذا كان يخفي السب ولذا لا تقبل
شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل
شهادة أهل الحرف الدنيئة لأن الغالب الفاجرة منهم والأكثر على أنها تقبل شهادة من
عرف منهم بالعدالة ولا تقبل من يكثر شتم أهله ولا من يشتم الناس قال وتقبل
لأخيه وعمه وأبويه رضاعا وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه لأن الأملاك
بينهم متميزة والأيدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف
شهادته لقرابته ولادا أو أحد الزوجين للآخر على ما بينا قال رحمه الله وأهل

الأهواء

الأهواء إلا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الأهواء لأنهم فسقة إذ الفسق
من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا أن
الفاسق إنما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك
بل ما أوقعه فيه إلا تدينه ألا ترى أن فيهم من يكفر بالذنب ومنهم من يجعل منزلته بين
الإيمان والكفر فيكون هو أقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولأنه
مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهو
عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث أو متروك التسمية واستدل
محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال أرأيت أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو شهدوا بين يدي علي أكان يرد شهادتهم
ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهوى ولهذا الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن
تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته أن يكون
هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية أن أصل أهل الأهواء ستة الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد من هؤلاء يصير اثني عشر فرقة
والخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع يجيزون
أن يشهد للمدعي إذا حلف عندهم أنه حق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم
هذا تمكنت شبهة في شهادتهم فلعله أقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل إنهم
يعتقدون أن من ادعى منهم شيئا على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته وذكر الأقطع
أنهم ينتسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة
لأنه كان يزعم أن علي بن أبي طالب الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر قال
والذمي على مثله وقال الشافعي ومالك رحمهما الله لا تقبل شهادة الذمي على ذمي
مثله ولا على الحربي لأنه فاسق بين الله فسقهم في آيات من القرآن وهو أغلظ من
الفسق تعاطيا فكان أولى برد شهادته ولأن الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء
والكافر غير مرضي ولأن شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف تقبل من
به حقيقة الكفر ولأن قبول شهادته تؤدي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز
أن يلتزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع فلا

يلزم شيء يتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون
الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال الله تعالى **وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا**
فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد ولانه ليس باهل
للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان اهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص
وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على البعض وان اختلفت لا تقبل
لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة
على اهل الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا
وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام اجاز شهادة النصارى
بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى **او آخران من غيركم** اي من غير
اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها الذين امنوا فهذا نص على ان شهادة
الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى انتساخه في حق المسلم لاجل ان
ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض
لقوله تعالى **والذين كفروا بعضهم اولياء بعض** والمراد به الولاية دون الموالاة لانه
معطوف على قوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شيء فاذا بقيت ولاية بعضهم على البعض
بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام الغير فدل ذلك على ان الاية غير
منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين ايضا
فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافر في وصية المسلم فيما رواه
ابو داود والدارقطني وقالت عايشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا سورة المائدة
قال نعم قالت فانها اخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها
من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدل بذلك على انها ليست بمنسوخة في حق المسلم
ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه اشد
الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والرضا يثبت في حق الكافر في حق
المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن اهل الكتاب
من ان تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة
موضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان

مسموع

مؤتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من اهل
الولاية على احد كالصبي والشهادة من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون
اهلا للشهادة ايضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضاء بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد
عند قيام الحجة والقضاء امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار
منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب
مشاهد والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم
لا يوجب ان يكون كل من في عصرنا منهم عالما بالحق بل الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو
علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الا يرى الى قوله تعالى **ومنهم اميون لا يعلمون
الكتاب الا اماني** وقال تعالى **وان فريقا ليكتمون الحق وهم يعلمون** وقولهم من كان
اهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا
ومثل هذا غير منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل
وكذا شهادته لقرابته وولاده لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى
شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته على احد كالعبد
والصبي وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت
مللهم لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدي الى التقول عليه **قال رحمه الله** والحربي
على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وللذمي ولاية على الحربي والذمي اعلى حالا
منه لانه من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي
والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين مختلفين
كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة
والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الاخر وماله **قال رحمه الله**
ومن الم بصغيرة ان اجتنب الكبائر اي تقبل شهادة من عمل معصية صغيرة
بشرط ان يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة والمراد اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل
شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته اغلب من سيئاته وقد مضى
ذكر الصغائر والكبائر فبقي الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول
الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام ٥

واعتدال العقل وتعارض العقل هوا بصله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة
حد يدرك مداه ويكتفي لقبول الشهادة بادناه لئلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه رجحان
جهة الدين والعقل على الهواء والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على
صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل
فيه ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون
مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه لان الصغيرة تكون
كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد فلم يوجد ما يدل على الاجتناب
عن الكذب والالمام من غير اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم
سوى الانبياء عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح
بقوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدلا وقوله عليه السلام
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدود في قذف قال رحمه الله والاقلف لاطلاق
النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر او خوف
هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا يقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف
بالدين وعن ابن عباس انه لا يقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة
ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع
الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره
المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم
السابع من ولادته او بعد السابع بعد ان يكون الصبي محتملا لا يهلك به لما روي ان الحسن
والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع او بعد السابع والانشاد وهو سنة
للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه السلام الختان للرجال
سنة وللنساء مكرمة قال الحلواني رحمه الله كان النساء يختتن في زمن اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذ لهم عند المواقعة قال
والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته لا توجب
قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة
فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا

فيجعل امراة

فيجعل امراة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم يكن اليه امراة ولا مع
النساء بلا رجل معهن قال رحمه الله والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين ياخذون
الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل
الذين يعملون بايديهم ويوجرون انفسهم وانما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل
ليس بفسق وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل المتزهو كانوا عمالا لان
العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل
وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف
رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد على استيجاره على الشهادة الكاذبة
ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة وروي ان الفضل بن الربيع وزير
الخليفة شهد عند ابي يوسف في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال
الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته
قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان
كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في
مجلسي ايضا فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح ح
وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزوا الى الجامع
الصغير للمدوري ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة
كان ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة
من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا
حكمهم فيما تقدم وبايع الكفن لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون
وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر انه اراد به من يبخل بالواجبات
كالزكوة ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله والمعتق لمعتقه اي تقبل
شهادة المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسن
شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله عنهم اجمعين
قال رحمه الله ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما
لو شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات

رجلٌ وترك ابنين فادّعيا ان اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما
وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب
قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان
لا تجوز الوصية ايضاً وان ادّعى ولذا اذا شهد الموصى لهما اولهما او الغريمان لهما
على الميت دين ولهما له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحساناً
والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله او من
يستوفي منه او من تبرا ذمته بالتسليم او من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة
التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي
ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالباً وان كان الموت معروفاً فيكفي القاضي بهذه الشهادة
مؤنة التعيين وزجاه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل فيمن يعين وفيمن يصلح
فيعين من يثبت صلاحيته نظراً للميت وان لم يوص لانه نصب ناظراً فلم يثبت
بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيئاً لم يكن له
لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييباً للقلوب ونفياً للتهمة عن القاضي ولا
يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول
اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثاً كان له ان يضم اليهما ثالثاً لعجزهما عن القيام بامور
الميت باقرارهما ان معهما ثالثاً بخلاف ما اذا كان الوصي جاحداً لان القاضي لا يملك
اجبار احد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهراً لانه حينئذ لا
يملك القاضي نصب الوصي الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل
لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهي
ما اذا اقام ابنان البينة ان اباهما الغائب وكل فلاناً بقبض حقوقه حيث لا تقبل
وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت
بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت
عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهراً لانهما يقران على انفسهما
بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما
في حقهما وقيل معنى القبول ان يامر القاضي اباهما باداء ما عليهما اليه لان يبرا عن

الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقهما والبراءة حق لهما فلا
تقبل في حقهما قال رحمه الله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد من غير ان يتضمن
ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم
لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان
فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جائز على ما
نبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام
انصر اخاك ظالماً او مظلوماً لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار
للقاضي سراً حتى ترد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح
غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى لقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا
او كان فيه اثبات حق العبد لقولهما اخذوا المال او قتلوا النفس عمداً فتقبل شهادتهما
ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى
وهو الحد او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح
وكذلك اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل
وقد شهدوا علي به وقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته ولذا
اذا قال اعطاهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب
استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو
مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي ولم ادفع
اليهم المال او قال استاجرتهم المدعي بكذا من المال على ان لا يشهدوا له لا تقبل لان
الدعوى غير صحيحة اذ المدعى مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقاً على الفصل بين دعوى
الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره
فكان جرحاً مجرداً ولو اقام البينة على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته
لانه اقرار بانه لا حق له فيه في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه استاجر
الشهود او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا
اقام البينة ان الشهود عبيد او محدودون في قذف لان في العبيد اثبات الحق
عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكوا باظهار

فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم
انهم اجراء في هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم
لا شهادة لهم على المدعا عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه انه اذا اقام البينة ان
الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام بينة انهم زنوا او وصفوا الزنا او شربوا الخمر
او سرقوا مني كذا او لم يتقادم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقادم لانه لو كان
متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردوده وما ذكره
الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبوله تاويله اذا اقامها على اقرار المدعي
بذلك او على التزكيه وعلى هذا ما ذكره في الكافي وغيره ان الشهود لو شهدوا ان الشهود
زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل
الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة او زنوا الى اخره **قال**
ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت او اخطأت بذكر زياده كانت باطله او بنسيان
بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح
العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعد ما قام عن
المجلس لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما
شهد به اولا حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا
صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا تبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي
لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة واليوم قال شمس الايمة
السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا
باس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعا عليه او يترك
الاشارة الى احد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا
وعن ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله ان قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو
الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل
قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين ان يكون قبل القضاء او بعده رواه الحسن عن
ابي حنيفه وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار
او في بعض النسب ثم تذكر ذلك يقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكر

ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الشهادة قال رحمه الله

الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط القبول
الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصم وفصله يفتقر الى سبق
احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهاده او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا
وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن
القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى
الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق
الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد
فكان كل احد خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجوده ولانه تعالى لما امرنا باقامتها
كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف
القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها **قال رحمه الله** ادعا دارا ارثا او شراء
فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه
ادعا ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت
من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة
بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان
يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهاده **قال** وبعكسه اي لا
بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعا ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا يكون
لغوا بل تقبل الشهاده لانهم شهدوا باقل مما ادعا وذلك لا يمنع قبول الشهادة
قال ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجة
وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة
باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا
غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع
لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين
واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفه رحمه الله لعدم الموا
فقة

لفظاً وعندهما يقضي باربعة ولذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما
تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة
والطلقتان او الثلاث ولهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما
اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا يرى ان
المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط
القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة
والمدعي يدعي الالف وخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شيء لان المدعي
كذب من شهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ
يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين
وهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد
منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه
اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه
لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يقع شيء وان اتفق
اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حيث لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان
المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد
احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا يقبل وبخلاف الالف وخمسمائة لان
الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف
والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا يقبل لانه مركب كالالفين
اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الا الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر
باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال الا اني
استوفيت الزائد او ابرأته عنه فحينئذ يقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان
كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما وذلك نحو ان يشهد احدهما
على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل

المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة
في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد
احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه
خلافا قال رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى
عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما
ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلاث تطليقات وفرق
القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي
الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث
لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة
حيث يقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار في يدها فلها ان توقع كلها
او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف
عن ملك فله ان يوقع اي عدد شاء الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال
وان شهد الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الف يعني فيما اذا
شهد احدهما بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي
الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي
الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على
ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل
الشهادة على ما يجي من بعد قال ولو شهدا بالف وقال احدهما قضاه
منها خمسمائة تقبل بالالف ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد معه اخر
لانهما اتفقا على وجوب الالف فيقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا يقبل
لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بالف
لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض فيلتقيا
قصاصا
بتقاديهم فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي
الا يقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف لانا نقول لم يكذبه

المقصود

فيما شهد له اما الدين فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه
بحق لانسان اخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما فلذا هذا الخلاف فيما استشهد به
لان التكذيب فيه فيما اشهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة
فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء الا دين الاخر لانه في المعنى وهو المعتبر عنده
على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد رحمه الله كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب ابي
يوسف لا يثبت الالف لانه لم يشهد بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب
الالف على المدعي ثم انفرد الاخر بالقضاء فلا يسمع قال رحمه الله وينبغي ان لا يشهد
حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها
خمسمائة حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة لانه لو لم يفعل ذلك يصير معينا على الظلم قال رحمه الله
ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض لتمام
الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي رحمه الله عن بعض اصحابنا انه لا
يقضى بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم احد الشاهدين انه ليس له عليه
من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان الشاهد كذب
شاهد القضاء والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على ما ذكرنا في المسألة اذ لا
فرق بين المسألتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه
دون الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في
الزمان او المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية
والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا
في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا
كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة
لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل
فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما
في الزمان او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان
او مكان اخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف
شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا تقبل وان كان لان كل واحد منهما ان كان

السانى

انشائهما مغايران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والاخر اخبارا
فهما لا يختلفان لان الانشاء ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قد قذفتك
بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشاء والاخر سمع
الاقرار به وثبت عنده قذفه فيما شهدا به قال رحمه الله ولو شهدا انه قتل
زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله بمصر ردتا يعني طائفتين كل واحد منهما نصاب
الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان احداهما
كاذبة بيقين وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب
الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين
والثاني حركات اخر غير الاول حدثت الان في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا
عن الاول حتى يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور
لكونهما غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثاني عين
الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع بها القتل لا يقبل لما بينا
قال رحمه الله فان قضي باحداهما اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص
بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال
القضاء بها فلا تنتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار ذلك حكما
بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو
كان مع رجل ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة
الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع
التحري في الاخر قال ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف
الذكورة والانوثة والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا
في لون البقرة بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال الاخر بقرة سوداء تقبل
شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا والاخر قال انثى او
اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة
البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على كل واحد نصاب

الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب
بل اولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط
بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف
الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق الا ترى انهما لو سكتا عن بيان
اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها تبلغ
نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد
فيتشابه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والاخر
اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة
لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة ولذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه
فيكونان سرقتين مختلفتين فلم تتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب
لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه
الحال فتكون الشهادة عن تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل
في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى
اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في نفس الواجب
لا في غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقا والمشهود بسرقتها اما بيضا او
سودا ولم يقل واحد منهما انها بلقا فيكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من
يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون فتسميها
بيضا او سودا بناء على ما شاهدا من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي
يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى بقرة سودا او بيضا لا تقبل
شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد
والحمرة واما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح
ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في ثوب
بان قال احدهما هروي وقال الاخر مروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل
الشهادة وقد بيناه من قبل **قال رحمه الله** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد اخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان المقصود اثبات السبب

وهو العقد

وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن
فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه ولهذا اذا كان المدعي
هو البايع ولا فرق بين ان يكون المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود
اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو
المقصود حقيقة في حق الانتفاع به والسبب وسيلة اليه لكن المقصود وهو
الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب
معين وذكر علاء الدين السمرقندي ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان
الشرا الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيده
عليه خمسمائة فقد اتفقا على شرا واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد
احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت
لعدم امكان التوفيق لان الشرا الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم
يصير بمائة دينار **قال رحمه الله** وكذا الكتابة والخلع اذا اختلفا في مقدار
البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا
كان المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو
العتق بالاداء فصار نظير الشرا وان كان المدعي هو المولى فكذلك لان العتق
لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتداء
العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند اداء المال فيصير مقابلا بالعتق
قبل الادا بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان
المدعي هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه
من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها
اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف
دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه
دون ما تفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون
بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلها وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة
فيه ولذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعي هو العبد

او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت
لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى والمولى ثبت العفو والعتق باقرارهما
فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن
اذا كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي
هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم
في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شاء فلا فائدة في اقامة البينة ولانه حق
عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى
الرهن ان يدعي انه رهنه الفا وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم اخذه الراهن
فيطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة
يثبت اقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود وهو المنافع فهي نظير
البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين
يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل
شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما بينا
في الدين قال رحمه الله فاما النكاح فيصح بالف يعني باقل المالين وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله سواء كان المدعي من الزوج او من المراة وسواء ادعى الاقل
او الاكثر وقال ابو يوسف ومحمد تبطل الشهادة ولا يقضى بشيء لان المقصود
من الجانبين اثبات السبب والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة فتبطل
الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية لا يستتاج
ثبوت النكاح باقرار احدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد
حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه باقراره
يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب
ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها
ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية وصحة التسمية لا تحتاج الى
انشاء العقد وانما تحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة
يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسمية اختلاف العقد لان

التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبينة على
التسمية في حال تسجيل العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة
فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصله
القضية ان شهادتهما لم تتوجه الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء
النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن
حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فلذا لا يختلف
باختلافه فيبقى العقد سالما عن الاختلاف فلزم ما وقع فيه الاختلاف وهو المال
يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية لجعل
ابو حنيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وهما يجعلان مقصودها العقد
لما بينالها واما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل
بينته بالاجماع لان العقد بالف غير العقد بالف وخمسمائة على ما بينا والاول هو
الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوي فيه دعوى اقل المالين واكثرهما
في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه
لانه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل
مكذبا للشاهد بجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة قال رحمه الله
وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا ان يشهد بملكه او بيده او بيد مستعيره
وقت الموت يعني اذا اثبت شيء انه ملك المورث بان ادعى الوارث عينا في يد
انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى
يجري الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده
او في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان
يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا اثبت ملكه او يده عند الموت كان
جرا لانه اثبت ملكه او ان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون
اثباتا للانتقال ولذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على
ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة الملك اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به والمضمون

التسمية

يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثبات للملك واثبات من
يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده
فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاستغني به عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا اثبت الوارث ان
العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك
الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه
المورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا اخر
غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه
ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان
غير ذي اليد واقام البينة على الشرا منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع واقام
المشتري البينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضي له بها ولا يكلف اقامة البينة انها
كانت للبايع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد ما يزيله لاستغنا
البقاء عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا
انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل
وطيها لو كانت حراما على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني اكل
صدقة وردها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من
اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت
لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان
على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ملك الوارث لم يكن ثابتا
قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا
ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان
كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت له حيث يحكم
له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه
على ما بينا وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة
البينة انه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشرا الثابت

بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البايع لان الشرا سبب موضوع للملك
حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء واما في الموت فثبوت الملك
للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت
ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد
الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر لا
يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر قال
رحمه الله ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت اي اذا شهد شاهدان ان هذا العين
كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل كما اذا شهد
انها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فكذا
اليد وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي او بالاقرار منه باليد له ولهما ان الشهادة قامت
بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضا بالمجهول بـ
خلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه معلوم
وهو وجوب الرد لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد
معلوم على ما يجي ولان صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض
المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان اقوى اثباتا
قال رحمه الله ولو اقر المدعا عليه بذلك او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي
دفع الى المدعي اي اقر المدعا عليه باليد للمدعي ولو شهد شاهدان بانه اقر باليد
للمدعي منذ اشهر دفع ذلك المال الى المشتري لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة
به وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان علي شي صح ووجب
عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الشهادة على الشهادة قال رحمه الله

تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين اي تجوز
الشهادة على الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من
الاصلين وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية

وجبت على شاهد الاصل وليست بحق المشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار
عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في
موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع
الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد
يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة
ادى الى اتوا الحقوق ولهذا اجوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع
الفروع الى غير نهاية فصار كخطاب القاضي الى القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احترازا
عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان
بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة
على الشهادة حقيقة البدلية وبدخل عنه جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في
الوقف والصحيح انها تجوز فيه احيا له وصونا عن اندراسه وقوله ان تشهد رجلان
على شهادة شاهدين يعني اذا شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان
كل واحدة من الشهادتين نصيبه من القضاء فلا بد من تمام النصاب على كل
واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو اشهد احدهما
على شهادة رجلين واشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين اشهدهما صاحبه لان كل
شاهدين قائلين مقام اصل واحد فلا يتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام
رجل لا يتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس
للشاهدين ان يشهد على تلك الشهادة على غيره الا ترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا
لا يجوز له ان يشهد صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله يجوز
شهادة الرجل الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة او رسوله في
ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية
الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبوله ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز
على شهادة رجل الا شهادة رجلين سلطنا من غير تقييد بان يكون بازاء كل
اصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق

عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهد
على شهادة احدهما جاز ان يشهد على الآخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا
على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العلة لم يثبت به شيء
لان المرأتين كرجل واحد بخلاف ما اذا شهد احد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر
لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا ولان
معنى الاصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فبينهما
فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا
واصلا في حالة واحدة لان شهادة الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه
فلو جازت شهادته على شهادة صاحبه لا ثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع
ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين
البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد
معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد
على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود
على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجل وامرأ
ويشترط ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا **قال رحمه الله**
ولا تقبل شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه **قال** والاشهاد ان يقول
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذا صفة الاشهاد ولا
بد منه او مما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من
ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما
ذكر هنا ويقول له عند التحميل اشهد على نفسه ان شاء وليس بلازم لان
من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال اشهد اني سمعت
فلانا يقول لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي بذلك او قال اشهد ان لفلان
على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول
اشهد على بكذا لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به
فيكون امرا بالكذب ولذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان

يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب قال رحمه الله
واداء الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا
وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة اداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ اطول منه واقصر
كلا طرفي الامور ذميم واوسطها صميم فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على
شهادته انه شهد ان فلان بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان
عليه الف درهم وقال لي اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي
لفلان بكذا ففيه ثمان شينات او يقول اشهد ان فلانا اشهد عندي بكذا او اشهدني
على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره في المتن فيه خمس شينات
والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته ان لفلان على فلان كذا
وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات او يقول اشهد على شهادة
فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه
ابو الليث وابي جعفر وشمس الائمة السرخسي رحمهم الله وهو اسهل وايسر واقصر
وروي ان ابا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فاخرج لهم الرواية من السير فانقادوا
له قال رحمه الله ولا شهادة للفرع الا بموت اصله او مرضه او سفره لان
جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض
ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا
بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحملها غيره فلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا
يطاق غير جائز وامر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى
الحرج وربما لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع
والسفر عذر ظاهر الا ترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر
في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة
من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه
الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز
الاشهاد احياء لحقوق الناس والاول احسن لان التعذر يتحقق بذلك في باب

الاحكام

الاحكام والثاني ما روي عن ابي يوسف ارفق لان احياء الحقوق واجب على ما امكن والثاني هذا
ايضا مستحسن فلا يخلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد
على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية
وروي عن محمد رحمه الله انها تجوز كيفما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية
المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم
وقال في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السعدي في شرح اداب
القاضي للخصاف رحمهم الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر
جاز بناء على قولهما وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على ان التوكيل بغير
رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره
مناب نفسه في الجواب الا بعذر فلذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة
الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على
الشهود وعندهما يملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير
عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحكم قال رحمه الله فان عدلهم الفروع صح لان الفروع
من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه
لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو فعل لاتهم بمثله
لاتهم في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح ولكن يتهم
برد شهادته لم ترد به شهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه وان نفع الرد فهي
انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا تقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول
اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله والا عدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا
بسؤال غير الفروع عن الاصول لان الماخوذ على الفروع النقل دون التعديل
ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم
وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم
ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي كان يعرف
الاصول والفروع بالعدالة يقضي بشهادتهم وان عرف احد الفريقين دون الاخر
سال عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال

وقال في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع
والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم
او لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله وبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة اي
الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا
ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم يقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت
للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين
بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو شهدا على شهادة رجلين
على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة فقالا
لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات بشاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة
قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة الحاضرة ونظيره اذا شهدوا
ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من
اخرين ليشهدوا ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به
وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده
فلا بد من شاهدين اخرين ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده
قال رحمه الله وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى القاضي
ان شاهدان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية
واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي
المنسوبة بتلك النسبة كما في المسالة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث
ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة وفي الشهادة على الشهادة لا
بد من اثنين على كل اصل على ما بينا قال ولو قالا فيهما التميمية لم يجز
حتى ينسباها الى فخذها اي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي
كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها
وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي
عامة ويحصل بالنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب ثم القبيلة ثم الفصيلة
ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى

الصحاح

الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة اخر الكل فالشعب
يجمع القبايل والقبيلة تجمع العماير والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع
الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس
فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبايل تتشعب منه والمقصود من النسب
حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام
فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة ولذا السمرقندية والبخارية
والمصرية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة
الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فذكر
الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال رحمه الله ومن اقر
انه شهد زورا شهر ولا يعزر اي لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء او لم يتصل
لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فيجب التعزير
ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة
الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا
قول الزور وساله رجل عن الكباير فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين
وقتل نفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع
وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فتمسكهم ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب
شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رحمه الله ان شريحا رضي الله
عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان
كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقريكم السلام
ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي
الله عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة رضي الله عنهم في الفتوى وسوغوا
له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين
فحكمه حكم الصحابة حتى روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه تقلدهم وعدهم فقال مثل
مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في

الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فانه
كان قاضيا في زمان عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم
فكيف لا يكون وهو يختص منهم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة وما روي عن عمر
كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبد في القذف بدليل تسخيم وهو
مثلة لم يجز بالاجماع ولذا لم يقولوا به ولنهيه عليه السلام عن المثلة ولو في الكلب العقور
ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان
وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا وقال الامام الحاكم ابو محمد
الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يرجع على سبيل التوبة
والندامة فانه لا يعزر بالاجماع الثاني ان يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه
يعزر بالاجماع والثالث ان لا يعلم رجوعه باي سبب فانه على الاختلاف الذي
ذكرنا **قوله** ومن اقر انه شهد زورا تصريح بانه انما يجب التشهير والتعزير على
الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال
غلطت او نسيت او اخطات او ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة والد
عوى او بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندري من هو الكاذب منهم المشهود
له او الشاهدان او احدهما وقد يكذب المدعي لنسبة الشاهد الى الكذب ولا
يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة للاثبات ولا تهمة في اقراره
على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير ولذا اذا شهدوا
بقتل شخص او موته حيا ثم تيقنا بكذبهم والرجال والنساء واهل الذمة في شاهد
الزور سواء وهل يقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل
لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه يقبل لزوال
الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة اشهر وبعضهم بسنة
والصحيح انه مفوض الى راي القاضي وان كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته
ابدا لان عدالته لا تعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته
تقبل وبه يفتي فتحصل لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد
بسبب التهمة وسببها انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى واما

معنى في

معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد لقرابة الولاد والزوجية
واما الدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل
عجزه عن الاتيان باربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى **فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون** والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه
اثم قلبه وقال عليه السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر
على ما بينا وقال عليه السلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى يلعنه
ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنهما واذا وقعت منه
عمدا او خطا يجب عليه ان يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنعه الاستحيا
من الناس وخوف اللائمة لان الاستحيا من الخالق اولى من الاستحيا من الخلائق وفيه تدارك
ما اتلف بالزور ولان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعي ثم ركن
الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت وشرطه ان يكون
في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط **قال**
ولا يصح الرجوع الا عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
مجلس الحاكم اي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من
قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور
والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت
الجناية بحضرة الحاكم يجب ان تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو
اقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير القاضي او طلب يمينهما لا تقبل بينته
ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا اقرا انهما رجعا عند غير القاضي يصح
اقرارهما وان اقر برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف
ما اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض اخر غير الذي كان قضى بالحق حيث يقبل
هنا بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا **قال رحمه الله** فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها
لان كلامهما متناقض والقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من

الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا
بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف
الى رجوعهما بل هو باق على اصل العدم على ما كان غاية الامر انه يقال لولا رجوعهما
لثبت بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا ان يشهدا
ابتداء ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه
انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان يجرحا ولان المدعي على دعواه
فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف
الى عجزه لا اليهما **قال رحمه الله** وبعده لم ينقض اي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم
لم ينفسخ الحكم لان كلاميهما متناقض فلا يحكم بالمتناقض ولا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما
مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فصار نظير ما لو
شهدا ان عمرا قتله بكرا بالكوفة وشهد اخران انه قتله بالبصرة فانهما قبل القضاء يردان
وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض ادى الى النقض الى ما لا
يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخر الى غير نهاية
قال رحمه الله وضمنا ما اتلفاه للمشهود عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان او
عينا لان التسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر
على الطريق وقد وجد ذلك منهما **وقال الشافعي رحمه الله** لا يضمنان لانه لا
عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند
رجوع الشهود وان كان مباشرا لانه ملجأ من جهتهما فان القضاء واجب عليه
بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل والتعزير ولو اوجبنا عليه الضمان
لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي
لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب
العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب ان الشافعي يوجب القصاص على
شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وامر
الدم اعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي
ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا تناقض

عدالتهم

قولكم

قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل
واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية
الجناية والتسبب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار
المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا
ترى ان القصاص لا يجب في الخطأ والمال يجب والخطأ اقوى من التسبب لوجود
المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب فاولى ان يسقط
به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا وهذا اختيار
شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي مالا ولا
فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا
فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له
لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء
الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي
الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم تتحقق المماثلة اذ
لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب الدين وفي العين يتحقق كذلك وفي
العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة
الزور بخلاف الغصب عند **ابي حنيفة وابي يوسف** لعدم تحققه
فيه وهذا الاتلاف تحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة فانه لو
اودع العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن المودع لتحقق
الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا
عليه بانه ابراه من الدين او حطه او تصدق عليه به او وهبه اياه ثم رجعا
ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق
الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث
لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي **قال رحمه الله**
فان رجع احدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو
الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع

ببقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق
فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم ببعض العلة فوجب ان لا يبقى
به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول
المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتداء قال
رحمه الله فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق
مستحقا بها والاستحقاق يبقى وجوب الحق لمن اتلف مال انسان ثم استحق المتلف
ببينة لا يضمن الاول شيئا فكذا هذا قال رحمه الله وان رجع اخر ضمنا النصف
لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع
الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا
نقول التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع
وهو بقاء الشاهدين فلما رجع اخر ظهر اثره اذا لم يبق الا من يقوم بنصف
الحق فيغرمان النصف اذ ليس احدهما باولى من الاخر وهذا لما يلزم جميعهم
الضمان اذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان لاني
لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان برجوع غيري قال
رحمه الله وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع لبقاء ثلاثة
الارباع ببقاء رجل وامراة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله وان
رجعتا ضمنتا النصف لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد
رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان
فعليهما النصف وان رجعت امراتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله
وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق وهو الرجل والمراتان قال رحمه الله وان رجعت اخرى ضمن ربعه
لانه ببقاء الرجل والمراة يبقى ثلاثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة
قال رحمه الله وان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل
وخمسة اسداسه على النسوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على

الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا
لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن
رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل
متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يعتبر
هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته تضمن ذلك عند الرجوع
والنصف الاخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان
كل امراتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن
عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك
ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن
عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع
الرجال الا ترى ان كل اثنتين منهن في الميراث يقومان مقام ابن واحد
وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن
بان يريد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل
كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل
ولذا اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف
وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء
على النسوة لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت
بشهادتهن نصف الحق فتجعل الراجعات كانهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب
ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع
رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المراة شيء
وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة
ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما
اذا شهد رجلان وامراتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا
فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان
وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع رجل وامراة

فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المراة شيء وعنده عليه وعلى الراجعه اثلاثا
على ما تقدم **قال رحمه الله** وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها
ورجعا لم يضمنا سواء كانت هي المدعيه او هو ومراده بقوله عليه او عليها لان
المشهود عليه اتلفا عليه شيئا بعوض يقابله والاتلاف بلا عوض كلا اتلاف
فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في
حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وقد اتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته
فوجب ان يضمنا له مطلقا قلنا البضع متقوم حالة دخوله في الملك والكلام فيه
قال رحمه الله وان زادا عليه ضمنا لها اي ان زاد على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا
اذا كانت هي المدعيه للنكاح وهو ينكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا
عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل فحكمه انهما
لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن
بالمتقوم اذ التضمين يستدعي المماثله وانما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة ابانة
خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا
يضمن المشهود **عندنا خلافا للشافعي** رحمه الله وان كان مالا فان كان الاتلاف
بعوض يعادله فلا ضمان عليهما لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعادله لا يضمن بقدر
العوض ويضمن الزياده لخلوها عن العوض وخرج المسائل على هذا ولو شهدا
عليها بقبض مهرها او بعضه فقضي بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لانهما اتلفا
عليها والمهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو شهدا عليها انه تزوجها على
الف ومهر مثلها خمس مايه وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضي بشهادتهما ثم رجعا
ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوب
لان القضا بالنكاح مع قبض المهر وقع مقترنا بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضا بالمسمى
لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضا فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى
لعدم وجوبه اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير
وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة
البضع مع عدم وجوبه بالقضا ومقتضى المذهب ان لا يجب شيء على ما بينا وهو

ان

ان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو
شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا
عن الشهادتين ضمنا للمراة الفا لانهما لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفاء
لان الالف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان
جميعه ولو ادعى على امراة انه تزوجها على مايه وقالت تزوجني على الف وذلك
مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضي له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا
ضمنا لها تسعمايه في قول **ابي حنيفة ~~رحمه الله~~ ومحمد** رحمهما الله ولم يضمنا شيئا
في قول **ابي يوسف** وهو بناء على مسالة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما
القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضي لها عليه بالف فاتلفا عليها من
ذلك تسعمايه فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليه شيئا وهذا يبين
ان المراد بقوله الا ان ياتي بشيء مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع
وهو ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته بمايه
واجر مثلها مايتان فقضي بها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستاجر والمنكر
صاحب الدابه لانهما اتلفا على صاحب الدابه مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة
عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والاخر
ينكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر
اجر المثل بعوض فلم يضمناه **قال رحمه الله** ولم يضمنا في البيع الا ما نقص يعني اذا
شهدا على البايع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة
او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف
وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر اتلفا
عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار الشرط للبايع او كان باتا
لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة
فيكون التلف مضافا اليهما فان البيع بشرط الخيار للبايع لا يزيل ملك البايع عن
المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم
يفعل فقد رضي بالبيع فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال

الملك هو البيع المشهود به وان تاخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا استحق المشتري
المبيع بزوايده عند النقاد فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا
لان البايع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع
فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا
اجازه باختياره ليس له ان يرجع على الشهود لانه اتلفه بمباشرته ولا يضاف
الحكم الى المسبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن
مع انهما شهدا بالبيع بشرط فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا
عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان
الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنا
وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا
عليه ذلك القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة
واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي
بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضا بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو
القضا بالقبض والقضاء بالشي اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به
ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل
بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا
ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته او اقل لم
يضمنا للمشتري شيا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا
وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزايد
بغير عوض فيضمنانه له ولذا اذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري
جاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البايع
قال رحمه الله وفي الطلاق قبل الوطي ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه
طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه
ما كان على شرف السقوط لاحتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت
فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط المهر به والتاكيد حكم الايجاب فصار كانهما

اوجبا عليه الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزا
ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبب والتقرير
حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا يوجب شيا اذا لم يكن
من جهته وهما باضافة الفرقة اليه الزما نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض
هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احداهما امراة لها على رجل الف درهم مؤجل
فشهد شاهدان انه حال فاخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الذي كان
على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو
ان رجلا قتل امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على
القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله لكان احتمال السقوط ثابتا ولكن
نقول القتل منهي للنكاح والشي بانتهايه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال
وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين حل ولو يولد بشهادتهما
شيا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم بان دينها يسقط بل يكون لورثتها
ويقضى به دينها فلا يسقط فبطل السوال من الاصل والابن اذا اكره امراة
ابيه فزنا بها يلزم اباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن بالكراهية
اياها الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت
الزوج غرموا للورثة لانهم قايمون مقامه ولم يوث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل
موته ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا
لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة نصف الصداق والميراث
لان المهر كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يستقط بسقط ولذا الميراث كان
واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر وارثا
ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي قال ولم يضمنا لو
بعد الوطي يعني لو شهدا انه طلقها بعدما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا
عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي
رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج

مهر المثل عنده ولهذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر لان البضع
متقوم الا ترى انه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه
عن ملكه عين ما دخل في ملكه فضرورة تقومه في احدى الحالتين التقوم في الحالة
الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع
البضع الا ترى انه ليس له ان يضمن المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطيت بشبهة كان
العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له ولكان له ان يزوجها من انسان كملك اليمين
لان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا
يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك
الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا
يملك مجانا فانما يملك مجانا ما لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل
النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا
تملك على الزوج شيئا لكن يسقط عنها الزوج الا ترى ان ما هو مشروط لمعنى
الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط منه شي عند الازالة ولكونه غير
متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها
من زوجها وليس له ان يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه
ملك مال والمال مثل فعند الاتلاف يضمن بالمال **قال رحمه الله** وفي المعتق
ضمنا القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة
ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء الذي
شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا
يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل
هو كالنسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان
بدلا عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا
موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف
الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه
المواساة صلة والصلاة على الموسر دون المعسر كالزكوة ونفقة الاقارب

ولو شهدا عليه

ولو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما
اوجبا للعبد حق العتق وبذلك ينتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج
من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه
وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان
جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده
فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصار
كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة
على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من
قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب
لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يودي ما عليه كما كان
قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له واما
الشاهدان فاقاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاداه اليهما كاداه
الى المولى ويطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل
قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد في الرق
كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ من الشاهدين
لان الحيلولة قد بطلت لعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب المدبر فابق عنده
فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب
ما اخذه منه فكذا هذا ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان
له ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك
ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه على وجهين
اما ان يكون الرجوع هنا حال حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن معها ولد
وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات
المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة
ففوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة
لاتلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان

قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما ان عبد اله فنوتا عليه
ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان
له شيا و يرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل
وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيودي من تركته ان كانت
له تركة والا فلا شي على الابن لان من اقر على مورثه بدين وليس له تركة فلا يجب
عليه شي وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من
قيمة الولد ومن باقي قيمة الام و يرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا
ان ترك مالا ولا يرجعان بما اخذه منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما فلا يطالب هو ولذا
في زعمهما فلا يطالبانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذه الولد بالارث وان رجعا بعد
وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو
يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد
ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما
اخذه منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى
يتقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما اتلفاها ملكها
عليهم ولا يضمنان من قيمتها شيا للمولى بخلاف المسله الاولى هذا كله فيما اذا كانت
الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسله بحالها فقضى بشهادتهما
القاضي ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان
معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما اخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا
كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما اخذه الولد من التركة
والفرق بينهما ان الشهادة في حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث
لانه يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه الاب فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا
يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فيكون اتلافا له فيضمنان
ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما ان عبد ا ميراثا لهم قال رحمه الله
وفي القصاص الدية ولم يقتصا اي فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على
شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا يجب

عليهما الد

عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لانهما تسببا بقتله
قصدا فاشبها المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة اقضى الى القتل واولى
بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا للقتل وليس بملجي اذ الولي بالخيار ان شا
قتل وان شا عفى بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص لحفر البير
ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالة
صالحة ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما يصير قتلا
بواسطة ليست بفعل الشاهد وهي حكم الحاكم واختيار الولي قتل المشهود عليه
فالفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى السبب كدلالة السارق وفتح
باب النقض وحل قيد العبد فلم يوجد منهما القتل حقيقة لعدم المباشرة
ولا حكما لعدم الالجا لان الملجا هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه
فيوثر نفسه بالطبع فيكون مسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي
ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير به ملجا لان
كل احد يتيقن الطاعة خوفا من العقوبة في الاخرة ولا يصير بذلك معذورا والولي
باشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه
فلم ينسب الى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يتوجه التهديد على
القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره كالالة وهذا لان اقل احواله ان تكون
شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع
الولي معهما او جا المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شا ضمن الولي الدية به
وان شا ضمن الشاهدين لان الولي متلف حقيقة والشاهدان متلفان
له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن لا يرجع على
صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما
ان يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما
بها كما لو شهدا انه قتل خطا فقضى له بها واخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا
لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي واذا لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب
المدبر اذا غصب منه اخر فهلك عند الثاني واختار الولي تضمين الغا

صب

للولي فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب منه لانه الضامن قام مقام المولى وان
لم يملك المدبر وهذا لان القصاص ما يبدل في الجملة حتى يملك الولي فوزنه اذا
مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتمليك فيكون السبب معتبرا على ان
يعمل في بدله عند تعذر ايجاب الحقيقة في الاصل كاليمين على مس السماء ينعقد في ايجاب
الكفارة الذي هو خلف عن البر لما ان الاصل هو البر وهو متصور الوجود
عقلا ولنا ان شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة لم يكن لهم ان يرجعوا بها
على المكاتب وان لم يملكوا منه شيئا ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا الاتلاف ثم
المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم
لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا لانهم مباشرون اذ لا يعتبر وجود التسبب مع المباشر
الا ان الخاطر لا يعتبر مع الواقع فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن بجنايته لا
يرجع على غيره واما في الخطا فانما يرجعان عليه لانه الضامن للدية وقد اتلفا
القابض بتصرفه الخاطئ فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا الحكم على ان يعمل
في بدله ان لو كان التسبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص
بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا لا تلف
حقيقة لم يضمنه المتلف بان قتل شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا
يضمن القاتل ولا الشهود شيئا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود
الملك حقيقة وهذا فارق مسئلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة كان
يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل له الملك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له
ان يرجع بالمبدل كذلك قال رحمه الله وان رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف
مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله لا شهود الاصل
بلم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم
لم نشهد شهود الفروع او بقولهم اشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفروع
اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا
السبب اصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء
به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا

يقضي به

يقضي به لانه لم يتم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم
الى مجلس القاضي فيحصل القضاء بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كانهم
حضروا بانفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم
على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل ولابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي
والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وهذا لان
الشهادة مختصة بمجلس القضاء ولهذا اختص الرجوع به بناء عليه للتناسب
ولا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد
الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعي اليه ولو
كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا
وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كانهم شهدوا على نفس الحق وعلى
هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما
لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله
ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان الاتلاف حصل بالشهادة
الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول
متسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما
متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال
محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع
لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من
الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم وقد نقلوا
شهادتهم بامرهم فيخير في تضمين اي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان
لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول
او نقول احدهما اشهاد والاخر اداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما
في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب

الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع
والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع
لما تمكن الاصول فكان نقل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل
المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه
لو لم يعمل القاضي بشهادتهم لاثم ولذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان
اداء الفروع منقول الى الاصول لان الفروع مضطرون من جهة الاصول
الى الاداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الاداء اثموا فصار وانظر القاضي
لما الجاه الشهود الى القضا نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادي لا يرجع على
صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على
غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله ولا يلتفت الى قول الفروع
كذب الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا لا ينتقض
بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا
على غيرهم بانهم كذبوا قال رحمه الله وضمن المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفه
رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على
المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا
سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على
الشهود فصار وا في المعنى لشهود الاحصان ولابي حنيفه رحمه الله انهم
جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف
وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيا بدون التزكية وسبب التلف
الشهاده وهي لا تعمل الا بالتزكيه فكانت التزكيه علة العلة وهي بمنزلة العلة
في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب
موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة
النسا بخلاف التزكيه لشهود الحد لان الشهاده لا تعمل الا بها فصار
التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان تكون النسا
مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولولا اضافه

الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التاثير هو المعتبر والعلة موثرة في اثبات
الحكم ولذلك علة العلة موثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل
الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بموثر في اثبات الزنا لانهم اثنوا
عليه بقولهم ان حر مسلم تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد اوفى خول بها بشيء غالبا
عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة للحد لان الزنا لا تنخبر وهذه
الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للاخر والحد ثم
الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال
رحمه الله وشهود اليمين اي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة اذا شهدوا
بتعليق العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعوا عنها فيجب
عليهم قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو
الاعتاق او التطليق وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا
فاذا وجد الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع
قال رحمه الله لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا
شهود الشرط وفيها خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو يقول الجنايه
تغلظ عنده فصار حقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضه
العلة صلح علة الا ترى الى حافر البير يضمن عنده علتم من يلقي والحفر شرط الوقوع
فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط
ان توجد العلة بصورتها وتتوقف على صيرورتها علة على وجود الشرط
لتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله عبده حر
ونحو ذلك وتوقفت على صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنا ثم يوجر
فلا اذا زنا وهو محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق
به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة واما
شهود الشرط فلا يخلوا اما ان يرجعوا وحدهم او مع شهود العلة وهي التعليق
فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لان
التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين اثبتوا بشهادتهم

العلة الموجب للحكم وهو قوله انت حر وانت طالق والاخرون اثبتوا الشرط والشرط
لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة لانها هي المؤثر
فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان
رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط
اذا لم يعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها
فجاز ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في
الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي
واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على
شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض سببه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالي يملك
الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال
على الله توكلنا اي فوضنا امورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل
وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل
القيام بما فوض اليه وهو مشروع بالاجماع للامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكيم بن حزام بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم
بورقكم هذه الى المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشرع من قبلنا شريعة
لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله
فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج والفاظها
كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او فوضت او احببت او رضيت او شئت
او اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق المراة لا يكون توكيلا قال رحمه الله صح التوكيل
لما بينا من الادلة قال رحمه الله وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرفات اي
التصرف الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به
ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه من قبل قال رحمه الله

ممن يملكه

ممن يملكه اي ممن يملك التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان
يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على قول ابي
يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فالشرط ان يكون حاصلا لما يملكه الوكيل
فاما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي
ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا
للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد
ان يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فان كان ممن
لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والمجنون والعبد المحجور عليهما قال
اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او عبدا محجورا يعني يصح التوكيل بشرط
ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا
محجورا عليهما والمراد ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على
عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به ثبوت الحكم او الربح
لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد من ان يكون من اهل
العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل قال رحمه الله بكل ما يعقده
بنفسه اي يجوز التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة
ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لان المراد به ان
يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك
يتقيد بامر امره ولهذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه
عكس والنقض لا يكون الا في الطرد فيرد عليه الاستقراض فانه يجوز ان يباشره
بنفسه لنفسه ولا يجوز ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان
له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد
وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان
حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم به غيره مقامه وبخلاف الرسالة في الاستقراض
لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة

ملك المرسل نفذ امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير
موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع
اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز قال وبالخصومة في
الحقوق برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مدة السفر او مريدا للسفر
او مخدرة اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط ان يرضا الخصم الا اذا
كان معذورا بعذر من الاعذار التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وان لم يكن
به عذر وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون
رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها اذ لا
يهتدي اليها كل احد او لا يرضا بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر
رضي الله عنه كان علي لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها
وان لها قحما وكان اذا خوصم في شيء من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل
عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه
يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم
كساير حقوقه ولابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل حوالة وهي لا تجوز الا برضا المحال
عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار
نظير الحوالة الا ترى انه لا يوكل الا من هو الد واشد انكارا ويلحقه بذلك الضرر فعلم
فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التي
ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق
مستحق ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر لان القاضي ينظر في حاله وفي عدته فانه
لا يخفى هيئة من يسافر والمتاخرون من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضي اذا
علم من الخصم التعنت في الاباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل
التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل
منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن الاعذار
الحيض من المدعا عليها اذا كان الحاكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي

الذي تراضوا

الذي تراضوا اليه قال رحمه الله وبايفائها واستيفائها الا في حد وقود اي يجوز
التوكيل بايفاء جميع الحقوق وباستيفائها الا في استيفاء الحدود والقصاص
فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم
مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما بينا وقال الشافعي رحمه الله يستوفى القصاص
في حال غيبة الموكل الا في حد القذف ولنا انه عقوبة تندرئ بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر لان
العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا
كان الموكل حاضرا لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة
هدايته في الاستيفاء ولان قلبه لا يحتمل ذلك فلو لم يجز الاستيفاء في غيبة الشهود
لان رجوعهم نادر فلا يعتبر ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف
والسرقة باقامة البينة فاذا قامت يستوفيه الموكل باستيفائه وقال ابو
يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر
انه مع ابي حنيفة الا انه يجوز من غير عذر وبلا رضا الخصم وعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يجوز الا باحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما حال حضرته فيجوز
بالاجماع لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه
تهمة على الوكيل لا عرفه في موضعه ولابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن
الاصل ولا مدخل للابدال في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على
الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة النساء ولا من الاخرس لان
اشارته تدل على العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح
به لا يصح الاثبات ايضا ولهما ان التوكيل يتناول ما ليس بحد ولا قصاص
ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها في ساير الحقوق وهذا
لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة
شرط محض فالتوكيل في السبب ولان الظهور باذا الحكم لا يضاف الى الشرط
ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف
التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة

فيما ظهر ان الوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع
الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء
مع الرجال وغيره ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر
به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح بالاتفاق لانه لا حق لاحد فيه وانما يقام
البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به **قال رحمه الله**
والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار يتعلق
بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق
والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه
وقال الشافعي رحمه الله يتعلق بالموكل لان الحقوق تبع الحكم وليس باصل
والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في حق الحقوق التي هي من توابع
الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصل في العقد
لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فيقتضيه ان
يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم
جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في
حق الحقوق اذ لا ضرورة في جعلها له والدليل على انه اصل في العقد استغناؤه
عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول
وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف
ما نحن فيه فانه لا ينعقد باضافة العقد اليه وانما يقع الحكم للموكل فاذا اضافه
اليه كان اصيلا فيه فيتبع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع
وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع
او رجوعه هو بالثمن على بايعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة
في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يثبت له في رواية بل
يثبت للموكل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية قلنا انه يثبت والصحيح
انه يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى ان الوكيل اصل في حق الحكم الذي في حق
الحكم خلفه الموكل فيثبت له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يتهب او يصطاد

او يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله
والملك يثبت للموكل ابتداء الى آخره ولهذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد
النكاح لما ذكرنا في حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصلا في حق الحقوق كان
توكيله بها ولا يكون توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله يتعلق بالوكيل ان
لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق
ويلزمهما العهدة مطلقا وفي التتمة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل
جاز بيعه فلزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا يلزمه
العهدة قياسا واستحسانا اما ان تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع
الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان الكفالة وليس بضمان
ثمن لان ضمان الثمن ما يجب بالملك الحاصل في المشترى وهذا لا يفيده
فيه وانما يلتزم المال في ذمته ويستوجب مثل ذلك عن موكله وهذا هو
معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس انه لا تلزمه
العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن
ما يجب بالملك في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس
المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو
من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى
لحبسه ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي
الايضاح اذا امره ان يشتري له بالنقد فاشترى كما امره فالشراء جائز
والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز لانه يلزمه العهدة في تسليم الثمن
فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة
كان له ان يرجع على الذي امره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق
بالبيع فيخرج من ان يكون متبرعا ولو امره بالشراء نسيئة فاشتراه كما
امره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس
المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم يصح الوكالة صار
مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق

لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد فيتعلق
بالموكل كما في الرسول والقاضي والامين ثم العبد اذا اعتق تلزمه تلك العهدة
والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى
اذ هو من اهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه
ولا يزول بالبلوغ ولو قبض مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلا
فيه فانتفاء اللزوم فيما ذكرنا [illegible] ولو كان المامور محجورا اجاز
تصرفه لانه من اهل العبارة فتصح عبارته ولكن لا يتوقف حكم العقد عند
ابي حنيفة رحمه الله [illegible] الى الوكيل وعندهما عليه على
ما قال وهي فرع اختلافهم في [illegible] **قال رحمه الله** وما يضيفه الى
الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن انكار يتعلق بالموكل فلا يطالب
وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها اي [illegible] عقد بضعه الى الموكل فحقوقه تتعلق
بالموكل وذلك كالنكاح الى آخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغني عن اضافته
الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول ولا يتصور ان يكون
السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا
لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح
فظاهر وكذا النكاح لانه يسقط ما [illegible] بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع
الحرمة فكان اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن
من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء
فهو اسقاط جريا على [illegible] اذ الحرمة ثابتة في الملك والساقط متلاش فلا يجوز
ان يسقط في حق الوكيل ثم ينتقل ثابتا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود
الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء وهو الموكل
بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز
ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه
خلق مباحا وقابلا للتمليك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من
ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز ان يصدر السبب

من شخص

من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير اصيل اذ يجوز الاستبدال عنه
ببيع من ذلك ومن اخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق
والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها
يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا فيه بل سفيرا
ومعبرا ولهذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لان التوكيل بالاستقراض
باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم
بدل القرض في ذمته فيصير بمنزلة ما لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون
عوضه لي وبطل التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه
وله ان يمنعه من الامر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه
الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون العوض
لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون
اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه لا يتعلق بالعبارة
حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيه
قال رحمه الله وللمشتري منع الموكل عن الثمن يعني اذا وكل رجل رجلا
ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل
اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا **قال**
وان دفع اليه اي الى الموكل صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة
في نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه
بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته
بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا
فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به واما
الموكل في مسئلتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم احد عليه فيه فيكون قبضه
معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف
حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض
قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان

بالمتعاقدين فلذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول
وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل يقع المقاصة
بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة
بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به
ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا يقع المقاصة
بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما
باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا يقع المقاصة بدين الوكيل
وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه ولذا يقع
المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا يقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء بعوض
فتعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين
الموكل اولى عندهما كما لو ابراه معا فانه يبرا بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل
ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري
ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ
كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا
ووجه قولهما ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى
ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يملك من ذلك
فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه
بتعيين ملك الامر في المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار
ضامنا له بمنزلة الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه
ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق
وعلى هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير والله اعلم بالصواب

باب الوكالة بالبيع والشراء

الاصل ان الجهالة اذا
كانت تمنع الامتثال ولا يمكن ذكرها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة
انواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن
او لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة

وهي ما كانت من النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس او ثوب هروي او مروي او نحو
ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما روي انه
عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود
ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل رجلا [بشراء] فرس
فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله
بشراء عبد وجارية فان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا او نحو
ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي
نوع يريد وببيان النوع يقل به فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة
الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين
الثمن لانه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يتبين المعروف قال رحمه الله
ومن امره بشراء ثوب هروي او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه لم يبق الجهالة بعد
اعلام الجنس الا في الصفة وهي لا تمنع في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود
الموكل بان ينظر في حاله واختلاف الصفة لا توجب اختلاف اصل المقصود ولا
يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس الثمن يصير معلوما
عادة فصار كما لو وكله بشراء ثوب يهودي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا
الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع لما امكن الوكيل من القيام بذلك
وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال رحمه الله وبشراء عبد
ودار جاز ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع
وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن
كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت
الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا
لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال اجناس
مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا جعل دية الوجه من
بني ادم كرمه باعتبار الكمال لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن
وباعتبار هذه المنفعة تختلف التركي والهندي والسندي والحبشي

والتكرر وري ولهذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت
الوكالة به اذا تبين ثمنه للوقوف على مقدار النوع بعد التصريح بنوعه الى ان تجوز قال
رحمه الله وبشراء ثوب او دابة لا وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشراء دابة او ثوب لا يصح
التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال
لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل
ان يقول اني عنيت غيره فلا يقدر على الامتثال فبطل فتلخص لنا من جميع ما
ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة مطلقا وان كانت في النوع تجوز
مطلقا وان كانت فيما بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني
وان لم يبين الحق بالاول فلا تجوز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع
اسم لحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين
بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم اشيا
نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه وهذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه
دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة
لانه فوض الامر الى رأيه فاي شي اشتراه له يكون ممتثلا ولهذا لو قال اشتر لي بالف
ثيابا او دوابا او اشيا او ما شئت او ما رأيت او ادني شي يحضرك او ما يوجد
او ما يتفق جاز لان التصريح حاله التفويض الى رأيه ولهذا لو قال اشتر لي بالف
وبع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البائع قابضا للامر
او لعلم القرض ثم يصير قابضا لنفسه ولهذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ
البضاعة يدل على العموم ولهذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا
لانه تفويض عام فانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك على الشرا ولهذا لو
قال اذنت لك ان تشتري به ما بدا لك قال رحمه الله وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه
اي لو وكله بشراء طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له ان يشتري له
غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم لانه اسم له حتى لو حلف لا ياكل
طعاما وجه الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع او الشرا يراد به البر عادة
ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقي على حقيقته فيحنث باكل اي

طعام كان

طعام كان حتى لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل
ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين
فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه
بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له ان
يشتري الخبز له لان حاله يدل على انه انما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب
الحنطة اذ الخبز لا يقبل الادخار ولذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار
وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخنا ما وراء النهر الطعام في عرفنا
ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المهيا للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه
وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم
وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه باع مشكلا ولم يبين له مقداره
وجهالة التقدير في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل
لا يقدر على تحصيل مقصوده الا بما سمي له قال رحمه الله وللوكيل الرد بالعيب
ما دام المبيع في يده يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق
العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به قال رحمه الله
ولو سلمه الى الامر لا يرده الا بامره لانه تم حكم الوكالة وقد انتهى بالتسليم اليه
ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يتمكن منه بدون
رضاه ولانه اصيل في حق الحقوق نايب في حق الحكم على اصح الاقوال
فكان له جانبان فجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه
فعملنا بجانب الاصالة قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد
امكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق
الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه
ملك الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال
ان يكون المشتري املى من الوكيل فاذا برئ بقي دينه في ذمة الوكيل
وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خياره
ان شاء رضي بالمعيب واخذه وان شاء رده على الوكيل اذا لم يلزمه

الموكل بآبائه ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة حكمية كأن الوكيل باعه من
الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل كما سنذكره في
العقد الأول لا يلزمه منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله وحبس المبيع بثمن
دفعه من ماله أي للوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع حبس المبيع
بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من أن المبادلة الحكمية قد جرت بينهما
وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده
عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه
ولأن توكيله إياه مع علمه بأن الحقوق ترجع إليه إذن منه بدفع الثمن عنه من ماله
فصار كما لو أذن صريحا فيرجع به عليه ويحبس عنه المبيع حتى يدفع إليه لتنزله
منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لأنه لو لم يدفع الثمن أيضا
له أن يحبسه عنه وهذا لأنه لما نزل منزلة المشتري منه أخذ حكمه والمشتري لا
يملك من أخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بايعا حقيقة تحقيقه أن حبس المبيع
عن الموكل ليس لأجل نقد الثمن عنه بل لأجل أنه بايع له حكما وهذا المعنى لا يختلف
بين ما إذا نقد الثمن أو لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن
الموكل لأنه نائب عنه فيقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل
ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لأن المبيع أمانة في يده وليس للأمين حبس
الأمانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل
استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه إياه حقيقة وقد ذكرنا أن
بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند
الاختلاف في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم أن
قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لإحياء حق نفسه ويجوز أن يكون
لتتميم مقصود الموكل فيتبين في الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس
كان للموكل وقبل ذلك الأمر موقوف فلا يحكم عليه بشيء ولأن هذا القبض لا يمكن
التحرز عنه إذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا
يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه أو في سقوطه

ضرر عليه قال رحمه الله فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط
الثمن لأن الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فلم
يحبسه لا يكون مستردا فإذا هلك هلك من مال الآمر فكان له أن يرجع عليه
بخلاف ما إذا حبسه عنده ثم هلك لأنه صار مستردا بالحبس أو تبين به أنه قبضه
لنفسه قال رحمه الله وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع
قيمته لأنه ليس له أن يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة
عن صاحبها وقال أبو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالأقل من قيمته
ومن الدين لأنه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونا وهذا هو
في الرهن بخلاف المبيع فإنه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبسه تحقيقه
أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونا وأن أصل العقد لا ينفسخ بهلاكه
وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فإن المبيع فيه يكون مضمونا من أول ما يوجد وينفسخ
البيع بهلاكه ولهما أن بينهما مبادلة حكمية على ما ذكرنا من الأحكام فيكون
معتبرا بالمبادلة وهي البيع ولا نسلم أن العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وإن لم
ينفسخ في حق البائع والدليل على أنه ليس كالرهن أنه يثبت في النصف الشائع
والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فإن قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت
الأجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع
قلنا إن الوكيل والموكل ملكا المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يملكانه بخلاف
الشفيع فإنه يملك بعقد جديد فما شرط في العقد الأول لا يكون مشروطا في
الثاني قال رحمه الله ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لأن
المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وإن كان لا يتعلق
به الحقوق كالصبي أو العبد المحجور عليه لأن قبضه وتسليمه صحيح وإن لم يتوجه
عليه المطالبة ففي حق صحة القابض هو الأصل لتعلق به حقوق العقد فإذا قبض
الوكيل تم العقد لوجود شرطه وإن فارقه قبل القبض بطل العقد لفوات شرطه
وإن فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لأنه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما

لان الرسالة انصلت في العقد [illegible] القبض و[illegible] الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية

هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد اما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى جواهر زاده

وهذا مشكل لان الوكيل اصيل في باب البيع [illegible] العقد ولم يحضر ثم ذكر في بعده باسطر ثم قال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس [illegible] الموكل لا يعتبر وعزاه الى وكالة المبسوط والحاصل ان ما ذكر في سائر الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا [illegible] والمعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشار الى

ان التوكيل فيهما جايز وانما جاز لان كل عقد يملكه الموكل جاز ان يوكل به غيره كسائر انواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فيجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع وراس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين

واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيصير المسلم فيه في ذمته وراس المال له ملكا لو اذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا قال رحمه الله ولو وكله بشراء

عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد رحمه الله مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف ان هذا الخلاف الخير لان الماموره صرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين منه بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان مخالفته الى شر لان الامر تناول السمين وهذا يساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم وجه الاول انه امره بشراء عشرة ولم يامره بالزيادة فينفذ الزايد عليه والعشرة على الامر بخلاف ما استشهد به لان الزايد فيه بدل ملكه وبخلاف

ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حتى لا يلزم الموكل واحد منهما لان كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر ولذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على اجزايه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حصتهما ولا يقال هذا يستقيم على قول ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يكون موافقا بمثله عنده هنا كما اذا امر ان يطلق امراته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شيء عنده ولذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا يقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيهما شرط لانا نقول ذاك فيما اذا لم يوجد نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا او العشرة داخلة في العشرين فبنفوذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غايب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان له ان يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغرير له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتري له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للامر ما لم يصرح للمولى انه يشتريه له فيما للامر مع انه وكل بشراء شيء بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به لا يكون مخالفا به اذ لا تعتبر في المطلقات الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الامر في جنس الثمن

اوقدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى ولو وكله رجل اخر بان
يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك
الشرا لنفسه فاولى ان لا يملك الشرا لغيره قال رحمه الله فلو اشتراه بغير
النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل لانه خالف امره فينعقد عليه
فينعزل في ضمن المخالفة ولذا لو وكل هذا الوكيل وكيلا فاشتراه وكيله وهو غائب
كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره
رايه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا امكن نقل كلامه اليه على ما
ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا بخلاف الوكيل بالطلاق او العتاق
اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رايه
لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشيء بل يبلغ الرسالة
فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشرا بمنزلة المالك وهو اصيل
فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه الوكيل
جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما
ذكرنا قال رحمه الله وان كان بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او
يشتري بماله اي ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا
اذا قال نويت الشرا للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله او يشتريه بماله ان
يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه اما ان يضيف العقد الى ثمن
معين او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك
الثمن لان الظاهر انه يضيف الشرا الى مال يشتريه له وهذا لان الثمن وان
كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره
ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه
من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا
وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد
الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن
وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا انعقد من مال

الموكل

الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان
يكون حالا او موجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او
على عدمها او يختلفا فيه فان كان حالا فيه واتفقا على وجود النية لاحدهما كان
لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا وان اتفقا فيما تحته عليهما ولا يلتفت الى النقد
ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد
تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية
حكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشرا اليه لان الظاهر
ان يفعل ما يجوز له شرعا ويجري على عوايده وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند
محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار
كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينوه للمحجوج عنه وعند ابي يوسف رحمه الله حكم العقد
لان المطلق يحتمل الشيئين فيبقى موقوفا فاي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار
كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية فكان
مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل ذلك كان مخالفا فيبقى الحكم موقوفا
على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اولا الاضافة فلو
المسلم فيه لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى بالعقد ان تصادقا
على النية وان تكاذبا يحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف
الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشرا فيما اذا
تصادقا على ان النية لم تحضره بل هو بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف في السلم لان
للنقد فيه اثرا في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف
الشرا فعرف على هذا القايل لابي يوسف هذا الفرق وان كان الثمن موجلا
فهو للوكيل لان العقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن موجل لم ينصرف العقد
الا الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله وان قال اشتريت للامر
وقال الامر اشتريت لنفسك فالقول للامر وان كان دفع اليه الثمن فللمامور معناه
امره ان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال المامور اشتريت لك عبدا وقال الامر
اشتريت لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل

وان كان مدفوعا اليه كان القول للامر وهذه المسلة على ثمانية اوجه اما ان يكون
ماموراً بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن
منقوداً او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر
الوكيل بالشرا او ميتا فان كان ماموراً بشرا عبد بعينه فان اخبر بشرايه والعبد
حي قايم فالقول للمامور اجماعا منقوداً كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر
يملك استينافه والمخبر في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق
كقول المطلقة راجعتك وهي في العدة ولذنبة فان القول له وهذا اوقع التعقي اذا اقر عن الولي صح
على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لا يملك انشاه
شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود بخلاف الشرا فانه يقدر على اثباته
شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد
الشرا وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك
استينافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والامر
منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقوداً فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن
كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره به
فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك
وقال الامر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقوداً فالقول للمامور لانه اخبر
عما يملك استينافه وان لم يكن منقوداً فالقول للامر عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما
القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين وعند ابي حنيفه القول
للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر
بخلاف ما اذا كان الثمن منقوداً لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن
العهدة وفي ضمنه يكون العبد للامر تبعا وكم من شي يثبت تبعا وضمنا
وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه
لنفسه بمثل ذلك الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن
ان كان منقوداً فالقول للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر
فان كان الوكيل لا يملك الانشا بان كان ميتا فالقول للامر وان كان يملك

الانشا

الانشا فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفه في غير موضع التهمة
وفي موضع التهمة القول للامر قال رحمه الله وان قال بعني هذا لفلان فباعه
ثم انكر الامر اخذه فلان اي رجل قال لاخر بعني هذا العبد لفلان فاني
اشتريته له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته
فانه ياخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعده
صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله الا ان يقول
لم امره به اي الا ان يقول فلان المشترى له لم امره بالشراء فحينئذ لا
ياخذه بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار يرتد
بالرد فينفذ على المشتري لان الشرا اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ
على المشتري قال رحمه الله الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشترى له
فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا
سلمه بعد ذلك الى فلان المشترى له واخذه انعقد بينهما بيعا جديدا بالمعاطاة
فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيا بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشترى له ودلت المسلة على ان التسليم على
وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد
نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات
المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قال رحمه الله وان امره
بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق
غير مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من
الثمن واقل او بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له ان يشتري بما لا
يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له ان يشتري بغبن فاحش
بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع عند ابي حنيفه رحمه الله على ما جى من الفرق
بينهما له وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره
على ما يجي وهي المسلة التي تلي هذه المسلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا
بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شرا احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب

القول بالنفاذ **قال رحمه الله** ولو وكله بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما
بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة اي لو
وكله بشراء العبدين بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصف الالف او اقل جاز
الشراء وبالاكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت لانه
قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فتنقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا
بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بخمسمائة موافقة وباقل منها مخالفة
الى خير وبالاكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي بما بقي من الالف
قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف
قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا يعتبر معه عند
تعارضهما **وهذا عند ابي حنيفة** رحمه الله **وقال ابو يوسف ومحمد** ان اشترى احدهما
باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله
العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما
بخمسمائة والمطلق يحمل على التعارف وهو الشراء بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما
يتغابن الناس فيه ولان غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى
من الالف قدر ما يشتري به الباقي ليحصل غرضه **قال رحمه الله** ولو امره بشراء هذا
بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المامور اي لو كان له دين
على شخص فوكل الداين المدين بان يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى
جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للامر بل ينفذ
على المامور حتى لو مات عند المامور مات من مال المامور والالف عليه فان
قبضه الامر فهو له **وهذا عند ابي حنيفة** رحمه الله وقالا هو لازم للامر في
الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمدين اسلم الدين الذي لي عندك الى
فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا
لو امره بان يصرف ما عليه من الدين واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف
الى الدين لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا وعندهما
يصح كيفما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا

اودينا ولهذا لو اشتريا شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشراء
ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق فيه سواء كما في غير الدين حتى اذا وكله
بان يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البايع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار
كما لو قال تصدق بما لي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر جمانا با جرة
معلومة وابرا المستاجر بالموضع من الاجرة او اجرة دابة وامر المستاجر ان يشتري
بالاجرة عبدا او يطوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البايع او المبيع
معينا ولابي حنيفة رحمه الله ان النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين
منها او بالدين ثم هلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا
تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم يتملكه
لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي
عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البايع او لا قابضا له ثم يتملكه وبتعين المبيع
يتعين البايع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ما لله
تعالى وهو معلوم ولان الفقير يتصب نائبا عن الله تعالى وقبض حقه لان الله
تعالى محيط بكل شيء علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح واما مسئلة
الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولين كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة
لان المستاجر لا يجد الاجرة في كل وقت فالحمام يحتاج الى حيلة في القبض
واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه يعني الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع
دينا كان او عينا فاذا لم يتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين فلم يتقيد به
بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها على ما بيناه وذكر في النهاية ان النقود
لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع ولهذا لو هلك عنده لم تبطل الوكالة
وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا
لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة والتعليل الصحيح ان فيه تمليك الدين من غير
من عليه الدين لا يجوز فلذا التوكيل به الا اذا جعله في المعنى لكونه امرا له بالقبض
ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح للامر المجهول

فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا
لم يصح التوكيل عنده نفذ الشرا على المامور حتى اذا هلك يهلك قبل القبض يهلك
من ماله الا اذا قبضه الامر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون
للامر قال رحمه الله وبشراء امة اي وكله بشراء امة بالف ودفع فاشتري فقال
اشتريت بخمسمائة وقال المامور بالف فالقول للمامور يعني اذا كانت الامة تساوي
الفا لانه امين ادعي الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه حق الرجوع
بخمسمائة والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوي خمسمائة يلزم الامر
لانه خالف امره اذ الامر تناول امة تساوي الفا فينفذ على المامور ولان فيه
غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشتري
بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين ان يشتريها بالالف او بخمسمائة لما ذكرنا انه
خالف قال رحمه الله وان لم يدفع فللامر اي ان لم يدفع الامر الالف الى المامور
والمسئلة بحالها كان القول للامر ويلزم الامة المامور وهذا فيما اذا كان
قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت
قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل
وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بيناه من قبل ثم اذا تحالفا يفسخ العقد بينهما وتلزم
الجارية المامور لانتقاض ملك الامر بالفسخ قال رحمه الله وبشراء هذا اي
وكله بشراء هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه
البايع وقال الامر بخمسمائة وهو يساوي الفا تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن
وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما في المسئلة الاولى وقيل لا تحالفا
هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة
انشاء العقد في الحال وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف والى
هذا مال الفقيه ابو جعفر وقال قاضي خان وهو الصحيح ومال ابو منصور الى
الاول لما ذكرنا وقول البايع لا يعتبر لانه ان استوفي الثمن فهو اجنبي عن الامر
فلا مدخل بينهما وقال في الهداية وهو الاظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد
نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير ان القول للمامور مع يمينه قالوا ومراده

التحالف

التحالف لانه انتفي بذلك يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعي ولا يمين على المدعي
الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين المدعي دون المنكر اذ ذاك لا بد منه
والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الامر لكونه منكرا
فكان ياخذ المبيع بما ادعاه من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكره المشايخ
رحمهم الله الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن
لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور مع يمينه يدل على
ان المامور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده
التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف وان
اختلفا فيه فقال الامر امرتك ان تشتريه لي بخمسمائة وقال المامور امرتني بالشرا
بالف فالقول قول الامر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله
ويلزم العبد المامور لمخالفته فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر
اثباتا قال رحمه الله وبشراء نفس الامر من سيده بالف ودفع فقال لسيده
اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد
للمشتري والالف لسيده اي لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بالف
والامر هو العبد ودفع الالف الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشرا انا اشتري
عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم
يبين انه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف
الذي اخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا ويجب على
المشتري او على المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال
وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير
ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل مجازا
عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البايع
معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه
واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد
للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى

ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولايه وعقد جنايه فلا يكون الشرا للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشراء من غير ان يبين للمولى انه يشتري به لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والاخر بيع واحكامه خلاف العتق فلا بد له رضاه باحدهما على الرضى بالاخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين تبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري او على العبد اذا اعتق الف مثلها ثمنا او بدل العتق لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه بجهة اخرى وهو انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين انه يشتري به للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق بيع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله بشرا العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغني عن اضافته الى العبد الامر له فلا يتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الامر كما اذا كان للامر بيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله وان قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للامر وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للامر وان اطلق العبد بان قال بعني ولم يقل لفلان عتق واصله ان العبد يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشرا باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البايع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد

كالمودع

كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبايع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه او لغيره واذا ثبت هذا فنقول ان اضافه العقد الى الموكل كان ملكا للموكل وان اضاف الشرا الى نفسه بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشراء شي معين فوجب ان لا يجوز له شراؤه لنفسه لانا نقول اتى بجنس اخر من التصرف لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشرا شي معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وان اطلق بان قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلما لانا نقول الاصل ان للانسان ان يتصرف لنفسه فيتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان فالظاهر ان المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحر ليثبت له الولا عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشرا له فظاهر واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به على الامر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والتوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر بالعقد الذي باشره مقترنا باذن المولى ثم ان كان الشرا للامر فلا بد من قبول العقد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العقد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع **فصل** قال رحمه الله الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد واحد الزوجين للاخر وعبده وهذا عند **ابي حنيفة رحمه الله وقالا** يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من

هنا م

عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة
فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملكه ملك له وله في مال مكاتبه حق وينقلب
حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه او تمكنت شبهة وبخلاف الغبن الفاحش ولابي
حنيفة رحمه الله ان مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها لان المنافع بينهم
متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك
لا يمنع الاتصال من وجه آخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه
الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه
في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة فعلى هذا لنا ان نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق
له الموكل واما اذا اطلق له بان قال الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل
القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل في البيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من
القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان
كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن
ابي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز
وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا انه اذا كان
بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق
على احداهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله
ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض وبالنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهما
الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل
متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد
التوكيل بها بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل بالنقود حالة او مؤجلة باجل
متعارف بين الناس وبيع ما يساوي الفا بعشرة الى ما بعد سنة غير متعارف
فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية واللحم والجمد بايام الحاجة من
تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر
من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع

بالعرض

بالعرض شراء من وجه ولو لم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي
حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع
هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد او بثمنه والبيع بالغبن الفاحش
او بالعرض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني
او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العوض
فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث
به ويستحق الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة
في الهبة وانما لا يملكه الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في
الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمال في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد
على الثلث والوكيل بالشراء متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة
نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة
على قول ابي حنيفة رحمه الله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه
لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء
لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له ان
يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة
فيه يكون مشتريا لنفسه وكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه
باكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال رحمه الله وتقيد شراؤه بمثل القيمة
وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين اي يتقيد
شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع
والفرق لابي حنيفة قد ذكرناه وفرق اخر ان امره بالبيع يلاقي ملك نفسه
وفي الشراء يلاقي ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له
ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل
القيمة فيتقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما
ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك
ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا

ولذا ليس له ان يشتري بمجلد وموزون غير النقدين دينا في الذمة لان التوكيل بالشرا
يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر له ذلك حتى لو اشترى به ينفذ على
الموكل لانه شراء من كل وجه وجواز الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا فقد ذكرنا
الغبن اليسير هنا ما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين
فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا
يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع
في مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان
عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة
الممارسة في التصرف فلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر فيقع على التفاوت
بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر مغتفرا وهو خلاف
ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يحتمل الغبن اليسير ايضا وليس بشيء هذا
كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا
كان السعر معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو
كان فلسا واحدا قال رحمه الله ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عند ابي
حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا
فصار كما لو وكله ببيع المجلد والموزون ولانه لو باع الكل بهذا القدر من الثمن جاز
عنده فبنصفه اولى ان يجوز وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز لان فيه ضرر
الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب وتنتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر
المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد
يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين
ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المجلد والموزون لانه لا ضرر في تبعيضه ولا
تنتقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن
وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله
وفي الشراء يتوقف على شراء الباقي اي في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه
يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل

وعند ابي

بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم
يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا فشقصا حتى يشتري
الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشراء تبين انه وسيلة فينفذ على الامر
وان لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابي حنيفة
رحمه الله على ما بينا والفرق له بينهما ان الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه
ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف
ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ولا
يقال ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول
انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد واما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد
والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير امره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه
لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ
عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الامر لانه لم يوافق
امره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى ~~له لانه لم يجد~~ باقيه لزم الامر والا
لزم المامور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه فلو اعتقه
الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق المامور
وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما امره به وانما توقف عليه من
حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان
يشتري بقي مخالفا واذا اعتقه الامر لم ينفذ وابو يوسف يقول ان العقد
موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجازه صريحا نفذ عليه والاعتاق
اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا
بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه
هكذا ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح قال رحمه الله ولو رد المشتري
المبيع على الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه
ولم يتوقف على اجازته بالعيب ببينة او نكول رده على الامر وكذا باقرار
فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لعدم

ممارسة المبيع فلزم الامر واقراره ليس بحجة على الموكل واما ان يرده عليه اذا رد عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول وحاصله ان العيب لا يخلو اما ان يكون حادثا كالسن الزائدة والاصبع الزائدة او يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتاويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار في الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي عاين المبيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة او نكوله وان يرده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له ان يرده على الموكل لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان حادثا الا انه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع انه يكون ردا على الموكل لانه فعل عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه

الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان متعينا في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل يثبت حقه اولا في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب او بزيادة حدثت فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم قال رحمه الله وان باع نسيئة فقال امرتك بنقد وقال المامور اطلقت فالقول للآمر اي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس والثمن الا ترى انه لو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر كان القول له كما اذا انكر الامر اصلا قال رحمه الله وفي المضاربة للمضارب اي باع المضارب نسيئة فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى انه يملك التصرف المعتاد من بيع وابضاع وتوكيل واستيجار بذكر وايداع لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا او نسيئة الى اجل متعارف عندهما والى اي اجل كان عنده خلاف المضاربة حيث تتقيد باجل متعارف بين التجار على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى قال رحمه الله ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع او كفيلا فتوى عليه لا يضمن اي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده

بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا
الكفيل لانه يقبض نيابة عن الآمر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الآمر منعه ولا كذلك
الوكيل بالبيع ولولا انه اصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة
لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان
مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا ليس بشيء لان المراد هنا توى مضاف
الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما في الرهن والتوى الذي
ذكره هنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا ايضا لتوى
بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه
مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان
يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى
حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا
مثل ان يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا قال رحمه الله ولا يتصرف
احد الوكيلين وحده لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما ولو كان البدل مقدرا
لان تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري
ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما
بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه الى الرأي كالطلاق والعتاق بغير عوض او لا
يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا
كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما
على الانفراد وقت توكيله فلا يعتبر ذلك بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما
بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب
الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها يثبت
بنفس التوكيل فاذا وكل واحدا منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف
واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر
عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع احدهما بحضرة صاحبه فان اجازه
صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي

مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للآخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه
وحده قال رحمه الله الا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة
وقضاء دين لان في هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي والخصومة ان كان
يحتاج فيها الى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لانه يؤدي
الى التلبيس على القاضي والى الشغب والرأي يحتاج اليه سابقا على الخصومة
ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لم يتعلق بسماعه
الخصومة وهو سماعه فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه
الى الرأي الا اذا قال طلقاها ان شئتما وجعل امرها بايديهما فحينئذ يكون
تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا او يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع
الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما وعلى هذا لو قال
طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو
قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها احدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة
لا يحتاج فيه الى الرأي فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث
لا يكون ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض
صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن كله لانه
قبض بغير اذن المالك اذ امره يتناولهما جميعا مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأمورا
في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل
استرداد الوديعة قال رحمه الله ولا يوكل الا باذن او باعمل برأيك اي لا يوكل
الوكيل فيما وكل به الا ان يأذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك لانه رضي برأيه
ولم يرض برأي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون
التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصل
فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه وكلامنا فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل
بدون رضاه فاذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون
للاول ان يعزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل وهو نظير استخلاف
القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته

ويتعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين
فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هو او ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه
فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه **قال رحمه الله** وان وكل بلا اذن الموكل فعقد
بحضرته او باع اجنبي فاجاز صح اي ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل
الثاني بحضرة الوكيل الاول او عقد اجنبي فاجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود
الموكل حضور رايه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول
جاز بغير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد
باذنه ولو قدر الاول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال
رايه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز
لاحدهما ان يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الراي في نقصانه
في الشرا وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من تعامله بل هو مقصوده ظاهرا لان
تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المامور واحدا
لان غرضه استعمال رايه في معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا
لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل
بتقدير البدل وما عداه كالفضيلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا
في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر الباقلي في فتاويه
ان الحقوق تتعلق بالاول ولذا ذكر المحبوبي ايضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة
للاول دون الثاني وذكر في حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني
لانه هو العاقد والعقد هو السبب الملزوم وقد صدر من المباشر دون غيره
وينبغي ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غايب فاجازه او عقده
اجنبي فاجازه الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق او العتاق
اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول
دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه **قال رحمه الله** فان زوج
عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها او اشترى لها لم
يجز لانه لا ولاية لهما الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح

غيره

غيره ولذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى **ولن يجعل الله للكافرين على
المومنين سبيلا** ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة العبد اصلا والمكاتب
عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر المتحقق
معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض
اليهما ولا فرق في ذلك بين ان يكون الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فلان ولايته على
اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبتنى على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان
اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه
لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية
فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز
النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف
ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف
على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال وتزوج اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي
او القاضي فان اسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفه في ماله عندهما
لانها تبنى على الملك وملكه قائم ثابت في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف والله
اعلم بالصواب

المشفق صح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال رحمه الله الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وهذا قول زفر قال علماؤنا
الثلاثة يملك القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمامها يكون
بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل
وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود
من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو
المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهي في اصل
اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني اي اخذت
والعرف املك فكان اولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون
التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان
الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو

الى الناس خصومة والتزهم لددا وخيانة واقلهم دينا وحياء ويختار في القبض من
هو ابين الناس امانة والتزهم ورعا ممن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه
فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضى بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض
ولذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك المطالبة لما ذكرنا والفتوى اليوم
على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس ولكثرة
الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين العين والدين لان المعنى لا يختلف فيهما
قال رحمه الله والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة
حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرايه يقبل ولذا اذا جحد الغريم
واقام الوكيل البينة عليه يقبل **وهذا عند ابي حنيفة** رضي الله عنه وقالا لا يكون
خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا
بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها **قال** وبقبض العين لا
فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغايب
وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو اقام ذو اليد
البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين لم تقبل بينته الا في حق قصر
يد الوكيل عن الوكيل فيوقف حتى يحضر الغايب وكذا لو اقامت المراة البينة على
الوكيل بنقلها ان الزوج طلقها ثلاثا واقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى
اعتقه لا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتاق ويقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما
حتى يوقف الامر الى ان يحضر الغايب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس
هذه المسايل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة
لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد ملكه
فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشيء انما يأخذ غيره فيه اذا كان لا
يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتمليك كان وكيلا بالخصومة لان
التمليك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها
والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد

الشريكين

الشريكين شيا من الدين كان للاخر ان يشاركه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له ان ياخذه
بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين
وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع
جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب
والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الشفعة ومسئلتنا اشبه باخذ الشفعة فانه خصم
قبل القبض عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشراء
فانما يصير خصما بعد مباشرة الشراء واما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة
فصار رسولا وامينا محضا فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا يقبل
البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان
يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعاه لان البينة قامت
على شيين الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فيقبل في حقه فتقصر
يده عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق
قصر اليد **قال رحمه الله** ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا اي اذا
اقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند غير القاضي ايضا
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح اقراره عند القاضي ايضا وهو قول ابي يوسف
اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه
مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح اذا
استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله
بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا
يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد
بالعرف كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا
يملك الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما اوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل
تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان

والشافعي

لان الواحد يقوم بهما **قال رحمه الله** ومن ادعى انه وكيل الغايب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه اوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وسبب الوكالة به ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يوخر حقه حالو كان الموكل حاضرا او ادعى ذلك وله ان يتبع رب الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فاقبضه رب الدين من الدين يصير مضمونا عليه وللغريم عليه مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل معنى والرسالة بالاستقراض جايزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سوال حسن والجواب غير مخلص **على قول ابي حنيفة** رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم **قال رحمه الله** فان حضر الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرا ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولها حجة عليه فياخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاوه **قال رحمه الله** ورجع به على الوكيل لو باقيا اي رجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الا احتمال انه حيث قبض دينه منه ثانيا **قال رحمه الله** وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا وله الف اخرى دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه

احدهما

احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظالم في الرجوع عليه وظالم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب **وذكر في الامالي** انه لا يرجع لان الغريم زعم انه بري عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد بن على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فتثبت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ ما اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث **قال رحمه الله** الا اذا ضمنه عند الدفع اي الا ان يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه بالتشديد والتخفيف فمعنى التشديد ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذي اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا آمن ان يجحد الوكالة وياخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذه مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذه مني ثانيا فقبض ذلك الماخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو قوله ما غصبك فلان فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه **قال رحمه الله** او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة ايضا لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لتصادقه بينه تحصيلا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان يكذبه صريحا او يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان ولذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل ان يحضر الطالب لان المودي صار حقا للطالب اما اذا صدقه فظاهر

غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض صح

على صح

لانه لا ابتصاد فان ظاهره الا على حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكله وان لم
يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان ياخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر
التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس منه الا ترى انه لو دفعه الى
فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم
البينة انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد
ولو اراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم
توجد لانه ساعيا في نقض ما اوجبه للغايب ولو اقام الغريم البينة ان الطالب جحد
الوكالة واخذ مني المال يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على
اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبض المال بنفسه منه فانتصب
الحاضر خصما عن الغايب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل
ضرورة وجاز ان يثبت الشي ضمنا وان لم يثبت مقصودا ولو ادعى الغريم على
الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرى
ذمته ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان
يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعد ما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه
او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل او دفعه غريمه او وهبه له
وهو قايم في يد الوكيل اخذ منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا
في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان انكر الغريم الوكالة واقر
بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف
لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية
انه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف قال رحمه الله ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة
فصدقه المودع لم يومر بالرد اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من
ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يومر
بالدفع اليه لانه اقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما
بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن

لان المنع

لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا
هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع
لانه متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته
فاذا حلف ضمن وليس له ان يرجع على الوكيل لان في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه
اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له
على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينيذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق
له على الوكالة يرجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها في الصور كلها
لانه ملكها باداء الضمان ولو اراد ان يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك
ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله وكذا لو ادعى الشراء
وصدقه يعني لو ادعى رجل شرا الوديعة وصدقه المودع لم يومر بالدفع
اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله ولو ادعى ان المودع
مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه
مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع
وارثا وانه اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال
يومر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث
فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون له وارث
اخر ولو لم يقر من في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لا يومر بالتسليم
اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقبل لم ينزل وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه
في التحرير ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا
يلتفت الى تصديقه ولا يومر بالتسليم اليه ان كان المال عينا في يد المقر له
لانه اقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة او الغصب بعد موته فلا يصح
كما لو اقر انه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى
قول محمد رحمه الله الاول يصدق ويومر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضا في
خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين
يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول

محمد لا يجبر وهو قول ابي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وإن
كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغايب من وجه ودعوى
لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ
بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه
ولا له ولاية ابتاع الغريم فيودي الى ان يبرا من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو
اقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان
امر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله وكله بقبض مال
فادعا الغريم ان رب المال اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على
غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال اخذه منه يجبر على دفع المال الى الوكيل لان
وكالته ثبتت بقوله اخذه رب المال اذا لم ينكر الوكالة وانما ادعا الايفا وفي
ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن محقا عنده في طلب الدين
لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الداين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا
بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفا بمجرد دعواه فيومر
بالدفع اليه حالا لو اقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم يحلف الوكيل انه لم
يعلم ان الموكل استوفاه منه لم يحلف لان اليمين لا يجري فيها النيابة على ما بينا من
قبل وفيه خلاف زفر قال رحمه الله واتبع رب المال واستحلفه اي الغريم رب
المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو اقر به لزمه فيستحلف
عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله وان وكله بعيب
في امة وادعا البايع رضي المشتري لم يرد عليه حتى يستحلفه المشتري اي وكله برد
جاريته بسبب عيب فيها فقال المشتري رضي بالعيب لا يرد على البايع حتى يحلف
المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه
الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضا بالفسخ
نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله فيصح القضا ويلزم ولا يستحلف
المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضا في مسئلة الدين
ليس فيه قضا وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه

هو صح

ودفعه

ودفعه الى الغريم من غير نقص ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين ليتحقق
الموجب فلا يسع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقط ولا كذلك
العيب لانه لم يتيقن ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال انه راى العيب ورضي
به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله يجب ان لا يفرق بين المسئلتين بل يؤخذ فيهما الحال لان القضا بالخطا لا
ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف انه
يوخر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا يرد بالعيب على البايع ما لم
يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع الرضا فلا
بد من حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان
والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه
الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون بدون
الشرا فيكون التوكيل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال
نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الامر في كل مكان
وينفق ما امره به من غير قصد فيستر به له ويحتاج الى النقد من مال نفسه
فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل
القياس والاستحسان في قضا الدين لانه ليس في معنى الشرا ففي القياس
يكون متبرعا لان امره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال
اخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضا من مال نفسه ويرد على
المطلوب ما اخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه
وجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق
في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان التوكيل قد يبتلى
بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان يدفع مثله
من مال نفسه لياخذ مال الامر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه
وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه والله اعلم بالصواب

بابُ عزلِ الوكيل

اعلم ان للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق به حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه لما خلى سبيله اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة في بيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان المراة لاحق لها في الطلاق وعلى هذا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول **وقال صاحب النهاية** عندي انه يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز لانا لو لم نجوز ذلك ادى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائما الا الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل ينفع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضي والسلطان قبل التولية لكن الصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة له بعد العزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لم يكن لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه **قال رحمه الله** وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل **وقال الشافعي رحمه الله** ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون **ولنا** ان العزل خطاب ملتزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب

الشرع حتى اذا ابدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله ضررا به لانه قد تصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا واما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة وان لم يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل في شيء ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده ولذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الوكيل الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا **قال رحمه الله** وموت احدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا يعني تبطل بهذه الاشيا ايضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق شهر **عند ابي يوسف** رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات **وعند محمد** رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لانه تسقط به جميع العبادات حتى الزكوة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله ابه استحكامه اما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل

ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فلذا وكالته
فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته نافذة
فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا
كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن ولذا اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن
الزوج لا تبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت
الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه
فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط
ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها
ولذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها ايضا لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف
بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ
بالله فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فلذا لا يزوجها وكيلها
ولو وكلت وكيلا في حال ردتها فزوجها بعدما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت
بان يزوجها فتزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد
ثم ارتدت واسلمت حيث لا يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة
فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما
بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد ولا يعود
وكيلا عند ابي يوسف لان قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود
ملكه في مدبريه وامهات اولاده ويعتق به كما يعتق بالموت وهذا لان
التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف يملكه باهليته وولاية
التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول
محمد رحمه الله ان الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين
الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقاء
تلك المعاني وهي العقل والتصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا
لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز
عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال

اما اذا كانت لازمة صح

صار كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة من اغمي عليه زمانا ثم افاق وان كان العائد
مسلما هو الموكل لا يعود الوكالة في الظاهر وعند محمد انها تعود كما قال في الوكيل فانه اذا
عاد الوكالة عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على
وكالته والفرق له على الظاهر ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه
فبطلت الوكالة المعلق الثابت بخلاف ردة الوكيل فان ملك الوكيل باق على حاله وقد
تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت ٥
قال رحمه الله وافتراق الشريكين اي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم
الوكيل سواء كان عزلا حكميا والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين
احدهما ان يتوكل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنتها عقد الشركة لان كل واحد
منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الذي تضمنتها عقد
الشركة لانها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه
اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف
على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان ينعزل وبيان انه يحمل على ما اذا هلك
المالان او احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في
ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم يكن الوكالة مصرحا بها عند عقد
الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة والثاني ان احد الشريكين او كلاهما لو وكل من
يتصرف في المال التجارة على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل
منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال رحمه الله وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو
ماذونا معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا ماذونا له في التجارة ينعزل الوكيل
بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبرة بابتدائها لكونها
غير لازمة لان العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء
قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم
الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا انصرف الموكل في الشيء الذي وكل به
هذا اذا كان الوكيل في العقود والخصومات واما اذا وكل في قضاء الدين ٥
او اقتضائه فلا ينعزل بعزل المكاتب ولا بحجر الماذون له لان العجز او الحجر يوجب

نها

الحجر عليه من انشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين
واقتضائه فلهذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان تاب بعد ذلك او اذن للمحجور لم تعد
الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال
ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالحالة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى
وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما
فكان باطلا الا يرى ان المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فلهذا لا ينفذ فعله الحكمي
فيه قال رحمه الله وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة بتصرفه بنفسه فيما وكله به لفوات
المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله ببيع عبد ثم يبيعه
الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه او يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا
اصله حتى لو وكله بطلاق امراته فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت
الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز
الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فلهذا الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده لسبب جديد
ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى
لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه
اياها لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز
له ان يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امراته ثم ارتد الزوج فطلاق
الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب
فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان
الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف عن الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم
خالعها الزوج يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها
في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على
الايقاع كان وكيله ايضا قادرا على الايقاع فبقي الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله
ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار رؤية او خيار شرط او عيب
بقضاء او لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ
فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء او اقالة لا تعود

الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالث لانها تعلقت بملك الاول وهذا ملك جديد
بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا
فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرد عليه بذلك ولو وكله بهبة شيء
فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للموكل ان يهبه لان الواهب مختار في الرجوع
فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل
في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع
لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا
فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي
بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في
هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا
ولو وكله ببيع عبده فاسره العدو وادخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك
جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او
بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا
الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة فاذا عاد عادت
الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله
تعالى ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد غير الاول بسبب
جديد ولو وكله بان يزوجه امراة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها
او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان يزوجها من الموكل لان هذه
وكالة مضافة الى انعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله ان يزوجه
امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف
الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل له ان يزوجه الامة ولو وكله
بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يخرج عن الوكالة والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

قال رحمه الله هي اضافة

الشي الي نفسه حالة المنازعة اي الدعوي ان يدعوا الشي الي نفسه في حالة الخصومة
وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه السلام البينة علي المدعي واليمين علي من انكر لان
كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشي الي نفسه اذا كان ثم منازع
وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشي الي نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة
ماخوذ من قولهم ادعا فلان شيا اذا اضافه الي نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب
بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوي في اللغة قول يقصد به الانسان
ايجاب الشي علي الغير الا ان اسم المدعي يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة
فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال
لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال لرسول الله
صلي الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة والدعوي اسم ولبس
بمصدر والفعل ادعا افتعل والمصدر ادعا افتعال والف دعوي للتانيث
فلا ينون وجمعها دعاوي بفتح الواو لا غير لفتوي وفتاوي واسم الفاعل مدعي
والمفعول مدعي عليه والمال مدعا والمدعا به خطا ثم شرط جواز الدعوي
ان يكون في مجلس القاضي ولا تصح في غير مجلسه حتي لا يستحق علي المدعا عليه
جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتي لو ادعا علي غايب لا يجاب وان يكون المدعا
شيا معلوما ليمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتي لا يجب الجواب
علي المدعا عليه اذا كان المدعا مجهولا وحكمها وجوب الجواب علي الخصم اذا
صحت ويترتب علي صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم
واقامة البينة واليمين اذا انكر قال رحمه الله والمدعي من اذا ترك ترك والمدعا
عليه خلافه اي لا يترك اذا ترك بل يجبر هذا هو المعرفة الفرق بينهما وهي
من اهم ما يبتني عليه مسايل الدعوي وقيل اختلفت عبارات المشايخ في حده
فمنها ما ذكرها وهو حد صحيح لكونه جامعا للمحدود ومانعا من دخول
غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من
يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يشتمل كلامه
علي الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال الذي اليد

هذا

٢٤٥

هذا الشي لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعا عليه من يشتمل
كلامه علي النفي فيكتفي به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا
القدر وقوله هو لي فضله في الكلام غير محتاج اليه وكل من شهد بما في
يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعا عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره
فهو شاهد وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه
الله في الاصل المدعا عليه هو المنكر والاخر هو المدعي وهذا صحيح غير ان
التمييز بينهما يحتاج الي فقه وحده ذكا اذ العبرة للمعني دون الصورة فانه
قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوي وهو انكار في المعني كالمودع
اذا ادعي رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب
معني فيحلف انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلف علي انه ردها لان اليمين
تكون علي النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براة الذمة
فكان القول له ولا يرد علي هذا المدين اذا ادعا قضاء الدين او ابرا
الطالب فان القول للطالب مع ما انه يدعي شغل ذمته والمدين البراة
لانا نقول لما اتفقا علي وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين
بدعواه الايفا او الابرا صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان
القول له او نقول ان المودع امين فيكون القول قوله في وضع الامانة
موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة او
بناها قال رحمه الله ولا تصح الدعوي حتي يذكر شيا علم جنسه وقدره لان
فايدتها الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول
فلا يصح ولا يجب الجواب علي الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها
وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوي فيترتب عليها احكامها من وجوب
الاحضار والحضور والمطالب بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة
البينة ولزوم احضار الشي المدعا عليه ان لم يكن دينا ولا يتعلق
بالدعوي المجهولة شي من ذلك لفسادها وانما وجبت اذا صحت لقوله
تعالي وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون

الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على ان الحضور مستحق عليه
قال رحمه الله وان كان عينا في يد المدعا عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا
في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد
الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن حضره الحاكم او بعث امينه قال
وان تعذر ذكر قيمتها اي ان تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة ذكر قيمتها
لان عين المدعا لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هي المدعاه
في هذه الحالة لصيرورته دينا في الذمة وقال ابو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان
ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصبت مني عين كذا ولا ادري
انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه تسمع
دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى
القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود
ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته قال رحمه الله وان ادعا عقارا ذكر حدوده
لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار
يعرف به قال وكفت ثلاثة اي يكفي ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا
يكفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين
ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعا ولا كذلك
تركها ونظيره اذا ادعا شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن
بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد
في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه بها يصير معلوما للقاضي قال رحمه الله
واسماء اصحابها اي ذكر اسماء اصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر
انسابهم ليتميزوا عن غيرهم قال رحمه الله ولا بد من ذكر الجد ان لم يكن مشهورا اي لا
بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه
غير مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره لحصول المقصود به قال وانه في يده
اي ذكر ان العقار في يده لان المدعا عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده

فلابد من

فلابد من اثباته قال رحمه الله ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة او علم
القاضي بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعا عليه ان العقار
في يد المدعا عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما
ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه او علم القاضي لينتفي تهمة المواضعة
بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله
وانه يطالبه به اي ذكر للقاضي انه يطالبه بالشيء المدعا لان القاضي لا يعلم لماذا ذكر
حقه عنده فيذكر انه يطالب ليتبين له فلا بد من التنبيه عليه لانه لو لم ينص على الطلب
لحسب القاضي انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب
ولان القاضي لا يجب عليه ان يحبسه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع
الخصومات لا لانشائها فاذا بين طلبه اجابه والا فلا لاحتمال ان يكون عنده مرهونا
او وديعة او اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا في المنقول
ان يقول هو في يده بغير حق قال رحمه الله وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه
به لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفا وكذا في الشهادة وقد بيناه
من قبل قال رحمه الله فان صحت الدعوى سال المدعا عليه عنها اي عن الدعوى
لينكشف له وجه القضا ان ثبت حقه لان القضا بالبينة يخالف القضا بالاقرار
وهذا لان القضا حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا واطلاق اسم القضا فيه
مجاز وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا
اتصل بها القضا فيسقط احتمال الكذب بالقضا في حق العمل فيصير حجة يجب
العمل به كسائر الحجج الشرعية قال فان اقر او انكر فبرهن المدعي قضي عليه
لوجود الحجة الملزمة للقضا قال رحمه الله والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي
بينة حلف المدعا عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه السلام قال الك بينة فقال لا
فقال عليه السلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام ليس لك الا هذا
شاهداك او بينته فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا
له لان المنكر قصد اتوا حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتوا نفسه
باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتوا الاموال

للمدعي صح

قال رحمه الله والا يحصل الحالف الثواب بذكر الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم

ولا ترد يمين على مدع لقوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعا ناس دما رجال واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراء شي اخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه السلام الائمة من قريش ولقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام على ما تقدم فيفيد استغراق (ايضاح) البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم ان لو كان المنكر هو المدعا عليه والخارج هو المدعي وليس لذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج اولا ما يتلفظ هو لي ويقول ذي اليد ليس لك فالمعتبر هو الاول فسمي كل واحد منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدي دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة حلف المدعا عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعا عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر حلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعا عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير

قال رحمه الله ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج احق اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج او على نكاح امراة والمراة في يد احدهما فانه يكون اولى ولو ادعيا امة وادعا كل واحد منهما انها امته دبرها او اعتقها او استولدها واقاما بينة كانت بينة صاحب ذي اليد اولى ولنا ان البينة شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها اخذت حكم الاثبات لما انا لا علم لنا به اذ الاحكام تثبت باسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لنا حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يضاف الى شهادتهم اجماعا فاذا كان كذلك كانت بينة الخارج اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقد ربما اثبتته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا يرى ان من راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له واذا نازعه احد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم يثبت ببينته شيئا لم يكن واما بينة الخارج فانها اثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت اولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه ان يثبت الملك لهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا يقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشيا فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب

الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد اولي بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجي بيانه في موضعه ولو يقال انهما لو لم يذكرا سبب الملك بان ادعا كل واحد منهما انها امراته ولم يذكر السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى السبب الا ترى انهما لو اختلفا في ولاء شخص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولي لتعين سببه وهو العتق في ملكه وليس كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بينا وجه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال رحمه الله وقضي له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي ان نكل المدعا عليه مرة صريحا بقوله بلا احلف او دلالة بسكوته ويجوز ان تكون اللام في قوله وقضي له بمعنى على اي قضي على المدعا عليه واللام والللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اساتم فلها اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعا عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعا عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل صار الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة او لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقه قضاء فيقال ان عثمن حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي رضي الله عنه ايضا انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها بالرومية اصبت وروي عن عمر

رضي الله عنه ان امراة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة ولذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دال على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه ولان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روينا من ان اليمين على المنكر قال رحمه الله وعرض اليمين ثلاثا ندبا اي عرض القاضي اليمين على المدعا عليه ثلاث مرات وهو مستحب بقول له في كل مرة اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له الحكم لانه موضع خفا لاختلاف العلما فيه قال الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا لم يعلمه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا افة به من طرش وخرس وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام فانه مستحب فلذا هذا مبالغة في الانذار ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضا على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعا عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضي له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا يقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشي اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان الحلف على الف فادعا عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف

يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعا عليه
ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعا عليه قال رحمه الله ولا يستحلف
في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام
فخر الدين رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء الستة التي عدها سوى
الحد واللعان وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق تثبت مع
الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة
الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل
او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون
المأذون له في التجارة ولذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول
ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب ولذا يجب القصاص به
فيما دون النفس ويصح في الشايع فيما ينقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون
مقرا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما
يسقط بالشبهات كالحدود واللعان الا ترى انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة
ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات
وهذا لان نكوله يدل على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة
فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه ودفع تهمة الكذب
عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر
انه اعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثارا للرجوع الى الحق اذ
هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك
هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق
لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضي بها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود
واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا يجوز الا
في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء ولذا لو وكل رجل
رجلا بعتق له به فلان فادعا المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب
على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه ولذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى

نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضي عليه بالرد
ثم اراد ان يرد النصف الاخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان
اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين واجبة
مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه
لينتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا يجب وانما جاز من المكاتب والعبد
والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل
الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجارة من ذلك وانما جاز
في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز من المالك
لا زام المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي ان يقضي بالنكول
لحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشيء المدعا ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع
ابطل نزاعه الى اليمين فاذا منع اليمين اعاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه
في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي انه محق وان معنى البذل ترك المنع ولان
كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب
القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز
بذله اذا كان مفيدا الا ترى انه يجوز له قطع يده المتاكلة للفائدة فلا يجوز بذله
لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم منه ولهذا نكل عثمن رضي الله عنه عن
الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه
الى اخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صحيحا وانما صار بذلا
في المعنى على معنى انه ترك منع وان المدعي ياخذه محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى
في هذه المسايل تتصور في احد الخصمين ايهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد
فانه لا يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والولي واختار فخر الاسلام
علي البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختيار المتاخرين من
مشايخنا على ان القاضي ينظر في حال المدعا عليه فان راه متعنتا يحلفه اخذا
بقولهما وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما اختاره
شمس الائمة في التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ان راى من الخصم التعنت

البذل لا يصح

وقصد الاضرار بالاخر فقبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان
الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا فقال
ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنا ولا بينة له يستحلف المولى حتى اذا نكل
ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عنده هل تقبل بينة المدعي
ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالده
وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة
واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى مولى الاعلى او الاسفل
حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا
يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميلا على الواسطة اما الولا فلا يثبت بواسطة
بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا لا يرث النسا الولا ولو كان بواسطة
لثبت لهن ولهذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له حظ في المال
ولذا لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد
والاخر عن عشره ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما يجعل
كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة
النصف نصيب ابيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان نسبا يثبت باقراره والا
فلا قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان موجب فعله
شيان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب
مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل
وامراتين او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان
المال يجب بها دون القطع ويقول في الاستحلاف بالله ما له عليك هذا المال
وعن محمد ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له ان الحدود
لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال له اريد المال قال له دع دعوى
السرقة وادع المال قال رحمه الله والزوج اذا ادعت المراه طلاقا قبل
الوطي فان نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المراه ذلك
وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجري في الطلاق بالاتفاق لا سيما اذا كان

المقصود هو المال ولذا في النكاح اذا ادعت الصداق والنفقة لانه دعوى المال ثم
يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث
والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فاذا حلف تبين الحق
ولا يثبت النسب اذا كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف
الذي ذكرنا قال رحمه الله وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف
وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص فان نكل في النفس يحبس حتى
يحلف او يقر فلا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه
في امتناعه عن اليمين احتمال لاجل الترفع على ما بينا فلا يجب به العقوبة
كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا اقام
على ذلك رجلا وامراتين حيث لا يقضي فيه بشي ولذا بالشهادة على الشهادة
فيه لا يقضي بشي لان القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شي
وفي النكول المعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره ما اذا اقر بالقتل
خطا والولي يدعي العمد يجب الديه وبالعكس لا يجب شي بخلاف الضمان في
السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامراتين وامثاله حيث يجب بالنكول لان
المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد فاذا اقتصر بقي الاصل على حاله وهنا
الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال حتى ابيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان
اذا قطعها بامره بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه القصاص في
روايه والديه في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال
الا انه لا يجوز قطعها بلا فايدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار
كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين
حق مستحق عليه يحبس بها كما في القسامة قال رحمه الله ولو قال المدعي لي بينة
حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
يستحلف ومحمد رحمه الله مع ابي حنيفة في روايه ومع ابي يوسف في اخرى

وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان
كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث
الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يندفع به مؤنة المسافة
ويتوسل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال لعلها لا تقبل فيحلفه
اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على
العجز عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه
وشهوده فيكون عاجزا ولانه في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم
اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان يتوقاه قال رحمه الله ويكفل الخصم اعطه
كفيلا بنفسه ثلاثة ايام كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس
فيه كبير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى يعدى
عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد
الدعوى كالاستحلاف بمجرد الدعوى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا
يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس ان لا يلزم
التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة
ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلسي
القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم تتقدر الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل
عشرة ايام يوما يقدر الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين
الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي
نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل ولذا لو كان المدعى حقيرا لان
الانسان نفسه لا يخفيه لاجله لا يجبر على التكفيل لانه اذا اعطى هو باختياره يؤخذ منه
وهذا اذا قال لي بينة حاضرة او قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يؤخذ
منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل
غائب آئبا ولعله استحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله
فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان ابى ان يعطي الكفيل لا يجبره القاضي على

لعله يتوصل

التكفيل بل يامره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين بحيث لا يغيب قال
ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر
بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه
كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل بخصومته
حتى لو غاب الاصيل تقام البينة على الكفيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا فله ان
يطالبه بالكفيل بنفس الكفيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بنفس
الاصيل ان كان المدعى دينا لان الديون تستوفى في ذمة الاصيل دون الوكيل
ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء
وقد يكون من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك
كفيلا بالعين ليحضرها ولا يعينها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى
ذلك لانه لا يقبل التغييب قال رحمه الله واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق
الا اذا الح الخصم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه السلام سمع عمر وهو يحلف
بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه
البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا
فلا يحلف الا بالله او ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها فقال لا تحلفوا بآبائكم رواه
احمد ومسلم والنسائي وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه النسائي وهذا الحديث بالطلا
يمنع الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلف بهما اذا الح الخصم
لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول
لانه امتنع عما هو منهي شرعا ولو قضي عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه
تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا
باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه لا سيما اذا اقام بينة قال رحمه الله وتغلظ
بذكر اوصافه اي يؤكد اليمين بذكر اوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله
الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو

بالنفس

قو

لذا وكذا ولا شي منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه
فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيده على هذا ان شاء وله ان ينقص عنه الا انه
يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كي لا يتكرر عليه اليمين ولو امره بالعطف
فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد
اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل
يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل
عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل **قال رحمه الله**
لا بزمان ولا مكان اي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا مكان **وقال الشافعي** رحمه الله
ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم تبلغ مايتي مثقال يغلظ بالمكان
فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في
المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن
ففي المساجد ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر **ولنا** اطلاق الحديث قوله عليه
السلام واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان او الزمان زيادة على النص
وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا
على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تاخير حق المدعي في اليمين
فلا يشرع ولانه احد ما يقطع به الخصومة فلا يختص بمكان كالبينة **قال**
ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني
بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور اليهودي انشدك بالله الذي انزل
التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب يعتقدون نبوة
نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه
بتعظيم خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد ان الله خالقه وانما
يشرك مع الله غيره **قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض
ليقولن الله** وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احدا الا بالله تعالى خالصا احترازا
عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي

الناس صح

الوثني

تعالى صح

والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين
تعظيما لها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي ان تعظم النار بخلاف التوراة والانجيل
لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل وكانه
وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها
حقيقة **قال** ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان فيها تعظيمها والقاضي
ممنوع عن حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه ايضا ويحلف
على الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما
هي باين منك الان في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق ولا يقال
بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان
هذه الاشيا قد تقع ثم ترتفع بروافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح
الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كي لا يتضرر المدعى عليه
بانه لو اقر بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتاط بهذا الطريق
اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على
نفيها لا على نفي السبب **وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف** يحلف على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعى
هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بان قال قد يقع البيع ثم يفسخ بالاقالة ونحو
ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له لئلا يفوت حقه وعنه انه ينظر
الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على
الحاصل قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا
كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان
كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم
اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر
عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد
المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف عند ارتداده ولذا اذا
كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي شفعة

بالمدعي
بيان

بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فانه يحلف
حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي
اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي **قال رحمه الله** وان ادعى شفعة بالجوار
او نفقة المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراها يحلف على السبب لما ذكرنا فحاصله
ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى الى الاضرار بالمدعي او كان سببا
لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب **وعند ابي يوسف** التحليف على السبب هو
الاصل الا اذا عرض فحينئذ يحلف على الحاصل على ما بينا **قال رحمه الله** وعلى العلم
لو ورث عبدا فادعاه آخر اي يحلف على العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر انه له ولا
يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم ما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك
ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه **قال رحمه الله** وعلى البتات لو
وهب له او اشتراه يعني على البتات ان كان ملكه بالهبة له او بشراه اياه لان الهبة
والشرا سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملك المملك له
لما باشر السبب ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عن ما اطلق له يكون
باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما
يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث والمشتري والموهوب له اصل بنفسه فيحلف
عليه والاصل فيه ان اليمين وقعت على فعل الغير كان اليمين على العلم ومتى وقعت على
فعل نفسه يكون على البتات الا يرى انه عليه السلام حلف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم
له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم
قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسايل كلها الا في الرد بالعيب فانه
اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو ذلك فاراد المشتري تحليف البايع فانه يحلفه
على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البايع ضمن تسليم المبيع سالما عن
العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون
الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم
فيحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على
البتات ولذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات

ادعا به العلم بذلك ثم كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون
معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين
فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى تسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل
لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس **قال رحمه الله** ولو افتدى
المنكر يمينه او صالح منها على شي صح ولم يحلف بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه
ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه فقيل الا تحلف وانت صادق
فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على
مقداد سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه منها اربعة الاف درهم فترافعا الى
عمر فلم يحلف ولان بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال
عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما
يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة
ونفي الكذب عن نفسه والمدعي ياخذه على انه حقه او عوضا عنه فيجوز وان لم
يكن الحق مالا كالقصاص وجاز ان يكون لعقد واحد جهتان كمن اقر لعبد بالحرية
ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البايع وهو فداء في حق
المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي
ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ
الصلح والفدا لا يكون له ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه
بمال حيث لا يجوز لان الشرا عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال
فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب التحالف

قال اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضي لمن برهن
اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بالبينة او البينة مبينة كاسمها فبقي في الجانب الاخر
مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي ملزمة حتى توجب القضا فلا يعارضها
مجرد الدعوى **قال** وان برهنا فالمثبت للزيادة اي اذا اقام كل واحد منهما بينة
كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في
قدر ما اتفقا عليه وفي الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا

فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال
البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما
البينة فبينة البائع أولى لأنها تثبت الحق له فيه والأخرى تنفيه والبينة للإثبات
دون النفي قال وإن عجزوا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا أي إن عجزا عن إقامة
البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما
قاله صاحبك وإلا فسخنا البيع عليك تحالفا وإنما يقول لهما ذلك لأن المقصود قطع
المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به إذا علما
ذلك قال رحمه الله ويبدأ بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر وأبي يوسف آخرا
ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لأن المشتري أشدهما إنكارا إذ هو المطالب
بالثمن أولا فيتقدم عند المطالبة فيكون بادئا بالإنكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما
نكل من غير تأخير فيتعجل به فائدة اليمين وهو الإقرار والبذل عند النكول وبنكول
البائع تتأخر الفائدة لأن تسليم المبيع يتأخر إلى زمان تسليم الثمن لأنه يمسك
المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين
البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر
فكان ينبغي أن يكتفي بيمينه فإن تقاصر عن إفادته فلا يتقاصر عن إفادة التقديم
وقيل يقرع بينهما في البداية هذا إذا باع سلعة بثمن فإن باع ثمنا بثمن أو سلعة بسلعة
بدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول قال وفسخ القاضي بطلب أحدهما
لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولأنهما لما حلفا لم يثبت ما
بثمن صح — ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بمجهول أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو بثمن
مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الأول
بدليل ما ذكر في المبسوط أن وطء الجارية المبيعة حل بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع
بينهما ولو كان ينفسخ بنفسه لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله تعالى ما باعه بما
ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات
أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا والأصح الاقتصار على

النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلنا
ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة
النفي إشعارا بأن الحلف وجب عليه لإنكاره وإنما وجب على البائع والمشتري لأن
كلا منهما منكر لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره ويدعي المشتري زيادة
المبيع والبائع ينكره فكان الخلاف فيهما وإن كان في أحدهما فأحدهما يدعي زيادة
البدل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البدل على صاحبه عند
تسليمه المبدل والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فيقبل بينة كل واحد
منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا إذا كان قبل قبض
أحد البدلين فظاهر وهو قياس وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن
القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وإنما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن
عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا قال ومن نكل لزمه دعوى الآخر لأنه صار
معترفا به أو باذلا فلزمه إذا اتصل به القضاء وهو المراد بقوله لزمه دعوى
الآخر لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل
فظاهر وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون
موجبا بانفراده وهذا الذي ذكرناه في التحالف إذا كان اختلافهما في البدل
مقصودا وأما إذا كان في ضمن شيء آخر نحو أن يشتري الرجل من آخر سمنا
في زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون
فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري
سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه
القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض وكذا في مقدار المقبوض وإن
كان في ضمنه اختلاف في الثمن لأن الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص
بزيادته فالبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف
في إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق
قال رحمه الله وإن اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض

الثمن او بعد هلاك المبيع او بعضه او في بدل الكتابة او في راس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه اما الاختلاف في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابرا ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا في الذمة ولا كذلك الاجل ليس بوصف له الا يرى ان للثمن وجودا بدونه ولذا تحقهما مختلف فان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق البايع **وقال زفر والشافعي** يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال في المالية ولان النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعان ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كانه قال اذا اختلف المتبايعان في المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه اذ الشي لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه **عند ابي حنيفة** فانه جعل هنا لك القول قول من يدعي الاجل وجعل القول هنا للمنكر والفرق انه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنافيه لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين بانه باعه بالف الى شهر وشهد الاخر بانه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما ولو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلاث ولم يذكر الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل ولذا اذا اختلفا في اصل البيع او مكان ايفا المسلم لا يتحالفان لان احدهما انفرد في انكار اصل البيع والاختلاف في مكان الايفا وقد مر بيانه في البيوع واما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا **قول ابي حنيفة وابي يوسف**

التمن صح

رحمهما الله **وقال محمد والشافعي** رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه وصار بحال لا يملك رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه في حال المراد في منها لانه يتعرف والله اعلم تحالفا وان كانت السلعة قايمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قايمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجري عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان الشاهدين في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع مقايضة فهلك احد البدلين او اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فايده وهو تسليم ما يدعيه البايع له على تقدير نكول المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله **ولابي حنيفة وابي يوسف** قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا شرط ان تكون السلعة قايمة وما روياه من المطلق محمول عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون في القايم دون الهالك ولانه حمل المطلق على المقيد اذ كان الراوي لهما عن النبي عليه السلام واحدا بالاجماع وكذا نزل الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم المقيد الى عبارته عن النبي عليه السلام حيث ينزل كل واحد منها على حاله فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذان الحديثان هنا يرويهما بن مسعود عن النبي عليه السلام فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى راس ماله ولا يدعي المشتري فيه شيا بخلاف ما قبل القبض على ما بيناه ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عينهما ورد عليه العقد فيشترط قيامه

العقد صح

وفيه نظر ضبط لان المذكور ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم صح

كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل
واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر
الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيعه بالفين وان البيع بالف
يصير بالفين بالزيادة في الثمن ويخرج بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في
القدر مع اتحاد الجنس لان المدعا احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو
اختلفا في جنس الثمن لان البايع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري
يدعي الشرا بالدراهم والبايع ينكر وانكاره صحيح ولهذا دعواه لان المبيع لا يسلم
له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى للمبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الف
وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطيها قبل الفسخ بعد التحالف ولو كان
مختلفا لما صح كما لو ادعا احدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع
المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما ببقاء المعقود عليه ولهذا تجوز
الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاخر مثل الهالك ان كان
من ذوات الامثال والا فقيمته ولا نسلم ان في التحالف هنا فايدة لان المقصود
في الفسخ ان لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذي ورد
عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم يفسخ فلا
يعتد باختلاف في سبب السلامة بعد حصول المقصود لمن اقر بالف من ثمن
متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال
بعتني هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها فانه لا يجوز له ان يطاها
لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية ولذا لا يرجع الى البايع
بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فايدة كاذب واما
اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وصورته
انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن
قال القدوري فيهما لا يتحالفان الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا شي له وقال

وقال قاضي خان وذكر في الاصل الا ان يشا البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ
من ثمن الميت شيا وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه
ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد يتحالفان عليهما
ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل سلعة لا يمنع التحالف
عنده فهلاك البعض اولى ان لا يمنع ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف
للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان التحالف بعد القبض ثبت
بالنص على خلاف القياس وورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميع اجزائها
فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف في القايم الا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحزر والظن
فيؤدي الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك حصة
الهالك فحينيذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن العقد فيكون كان العقد
على هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه واخذه ولا ياخذ من ثمن الهالك ولا
من قيمته شيا وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان
المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل الاستثنا قوله لم يتحالفا ولفظ
الجامع الصغير يدل على انهما لا يتحالفان وان لا يحلف المشتري وحده لان
المستثنى منه يمين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا
الاستثنا الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري
ومعناه ان البايع ياخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة ويجعل
صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد اخر رضا ويتقدر ما قال في
الكتاب على قولهما ولا يتحالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون
القول قول المشتري مع يمينه الا ان ياخذ البايع الحي ولا ياخذ شيا اخر فحينيذ
لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى لان
الاخذ معلق بمشية البايع ولو كان اخذ الحي بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما
قال الراجي عفو ربه ليس في هذا الاخذ فايدة له ايضا ولا يحتملها فلا يصار
اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال

وعامة المشايخ على ان الاستثنا منصرف الى التحالف وصار تقديره ما قال في الكتاب
على قولهما ولا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشا البايع ان ياخذ
الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيا فحينيذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثنا
التحالف دون اليمين فكان صرف الاستثنا الى المذكور اولى وبعضهم قالوا
لا بل ينصرف الى يمين المشتري على معنى ان البايع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من
ثمن الميت شيا فحينيذ لا يحلف المشتري لان البايع اذا اعرض عن دعواه لا
معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الاول في عدم الفايدة ثم قال وقال الامام
الكشاني رحمه الله ياخذ البايع في حق الهالك من المشتري ما يقر به المشتري
فحينيذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه
البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري
فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة في الثمن
لا ترك ثمن الهالك لان البايع لا يترك من ثمن الهالك كله وانما يترك الزيادة
على ما يقر به المشتري ومعنى قوله لا ياخذ شيا اي لا ياخذ من الزيادة التي
يدعيها شيا وعلى هذا التقدير يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشتري
ومن اصحابنا من قال ينصرف الاستثنا الى التحالف وهو اظهر لان المانع
من التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع
هو الحي وحده او رضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف
بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الاخر ثم تفسير التحالف
على قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده لا يوثر فصار كانهما حيان واختلفوا
في تفسيره على قول ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القايم بحصته من الثمن
دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى
لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القايم بالف يكون صادقا لانه من اشترى
شيئين بالفي درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا فلم يمتنع من
الحلف فلم يفد التحالف فايدته والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتراها
بالفين فان نكل لزمه دعوى الاخر وان حلف حلف البايع بالله ما باعهما

بالف

بالف فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخ العقد بينهما في القايم وسقط حصته
من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري فانه ينقسم على
قيمتهما يوم القبض فما اصاب الحي سقط وما اصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا
في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى
لانها تثبت الزيادة وان لم يكن له بينة كان القول قول البايع لانه هو المنكر لان الثمن
له كان واجبا على المشتري ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى نقصان قيمة الهالك
والبايع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في الاصل في رجل اشترى
عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بعيب وهلك الاخر عند المشتري يسقط عنه من
ما رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا في
قيمة الهالك واقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها
اكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب
كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل والبايع ينكر
فكان القول له ايضا وهذا افقه وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على
احد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبتنى الامر عليهما والبايع منكر حقيقة
فكان القول له وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر
فاعتبر الظاهر في حقهما والبايع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجحت بالزيادة
الظاهرة وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البايع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من
الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف هذا اذا هلك بعضه
بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق ولذا لو رد احدهما بعيب لان
الكل يعود الى ملكه فلا يودي الى تفريق الصفقة على البايع فعلم بهذا ان التعليل
بان اسم السلعة اسم لجميعها غير سديد واما اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله
لان الكتابة عقد معاوضة يقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الاخر لان المولى يدعي
بدلا زايدا والعبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند ادا ما يقر به والمولى
ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدي

لك
ده
التعليل
وابراء خ

اليه ولابي حنيفة ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله اصلا حتى يبطل فيه الاختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستاجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع ٥ للاسترباح وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا يكون في معناه فلا يتحالفان ووصفه ان البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شيء اذ اتمكن من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولانسلم انه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب ان تقبل بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما لو ادى وحالوا استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل واما اذا اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة

لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ الا ترى انهما لو تقايلا بعضا الاقالة لا تنتقض ولذا لو كان راس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة في البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشتري قال رحمه الله وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعدما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يبرهن لهما بينة ويعود البيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لان كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع عند المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال وان اختلفا في المهر قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بها وهي كاسمها مبينة قال وان برهنا فللمراة اي اذا اقاما البينة كانت المراة اولى لانها تثبت الزيادة ٥ والبينات للاثبات فكانت اولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما تدعيه او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تهاترتا لانهما استوتا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احداهما اولى من الاخرى قال وان عجزا اي عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال

بل يحكم مهر المثل فيقضي بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر
ويكون بينهما أي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لأنه لما انتفى بيمينهما التسمية
احتيج إلى تحكيم المثل فيقضي بقول من يشهد له مهر المثل وإن لم يشهد لواحد
منهما بأن كان أقل مما ادعت وأكثر مما أقر به هو قضي بذلك وهذا تخريج الكرخي
رحمه الله وتخريج الرازي خلاف ذلك فإنه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن
يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه وإن لم يشهد لواحد منهما بأن كان
بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح
وعند أبي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي
بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح قال ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء
تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لأن الإجارة قبل قبض المنافع نظير البيع قبل قبض
المبيع من حيث أن كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه
ومن حيث أنهما يحتملان الفسخ وهما عقد معاوضة فإن قيل قيام المعقود
عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيهما التحالف قلنا
في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام
المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ثم إن كان الاختلاف
في الأجرة بدئ بيمين المستأجر وإن وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وأيهما
نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاماها فبينة
المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة وإن كان الاختلاف في المنفعة
فبينة المستأجر أولى وإن كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى في الأجرة
وبينة المستأجر أولى في المنفعة لأن البينة للإثبات فما كان أكثر إثباتا
كان أولى قال وبعده لا والقول قول المستأجر أي إن اختلفا
بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع يمينه
لأن فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها
فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا عند محمد لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة

تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد فإذا امتنع
التحالف كان القول قول المستأجر لأنه هو المنكر قال والبعض معتبر بالكل
معناه إذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع
التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل
ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوف شيئا وهذا بالإجماع
فأبو يوسف مر على أصله في هلاك بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده يتقدر بقدر
الباقي فكذا هنا وهما خالفا أصلهما في المبيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء
الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن إيجاب شيء
والفرق لأبي حنيفة أن العقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا
يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي إذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان
فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده في الكل لأنه عقد
واحد فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي إلى تفريق الصفقة
على البائع على ما بيناه من قبل قال رحمه الله وإذا اختلف الزوجان في متاع
البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له لأن الظاهر يشهد له ولا فرق في
ذلك بين أن يكون النكاح قائما بينهما أو لم يكن قائما ومما يصلح للرجل العمامة والقبا
والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد
فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع والأساورة
وخواتيم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك فإن القول فيها قولها مع يمينها
لما ذكرنا إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض
الظاهرين وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال فلا يكون القول قوله في
ذلك قال رحمه الله وله فيما يصلح لهما أي إذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله
لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد في الدعاوى بخلاف
ما يختص بالمرأة لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان

ترجح بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق
والعقار والمواشي والنقود قال رحمه الله فان مات احدهما فللحي اي اذا مات
احد الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع
ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح
للاخر فهو على ما كان قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وخالفه ابو يوسف رحمه الله في المشكل فقال تدفع الى المراة من المشكل ما يجهز
به مثلها والباقي للزوج مع يمينه ولو ورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة
ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف
بين ان يكون في حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا انما يصلح فهو
لمن يصلح في الحياة والممات حتى يقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو
حنيفة جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما ومحمد رحمه الله جعله
للزوج في الحالتين وابو يوسف رحمه الله جعل منه للمراة قدر ما يجهز به مثلها
في الحالتين لانها تاتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو اقوى من ظاهر
يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء
بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم
في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي حنيفة رحمه الله ان يد الباقي
منهما اسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح
كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا اولى لان لليد رجحانا مطلقا حتى يرجح
به في حق غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي منهما يد نفسه
ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله
المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قال ابو حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما
نصفان وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانهما استويا في سبب الاستحقاق
اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالصلاحية في
الخصومات الا ترى ان اسكافيا وعطارا لو اختلفا في آلة الاساكفة او آلة العطارين
وهي في ايديهما قضي بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد

يتخذه

يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله للمراة
وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المراة هي الساكنة فيه ولهذا تسمى قعيدته ويد
صاحب البيت على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره وفي الدعاوى يقدم صاحب
اليد وقال ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لان المراة في يد الزوج وما في البيت
ايضا يكون في يده وان كان البيت لها الا ترى انه صاحب البيت ولان البيت
يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول
للمستاجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب
بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى
قال رحمه الله ولو احدهما مملوكا فللحر في الحياة وللحي في الموت اي لو كان احد الزوجين
مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما وللحي منهما بعد
موت احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك واما
اذا مات احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما فلذا
ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس
الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضي خان وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في
شرح الجامع الصغير وكذلك اذا مات احدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وقع في
بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وهذا على الطلاقة قول ابي حنيفة وقالا العبد
الماذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات
ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما يقضى به بينهما فكذا في متاع
البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد
نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد
ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى فترجح به في
حق متاع البيت الا ترى انها تترجح بالصلاحية فلذا لا يترجح بالحرية لان الظاهر
هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت
وبهذا اجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف
باختلاف الاسكاف والعطار في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم بالصواب

فصل قال المدعا عليه هذا الشي أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغايب
أو رهنه أو غصبته منه وبرهن دفعت خصومة المدعي لأنه أثبت ببينته أن العين
وصلت إليه من جهة الغايب وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما إذا أقر
المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به والشرط إثبات هذه الأسباب دون الملك
حتى لو شهدوا بالملك للغايب دون هذه الأشيا لم تندفع الخصومة وبالعكس
تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البينة به لأنه بظاهر يده
صار خصما ولا يخرج بإقامة البينة لأن الملك لا يثبت بها للغايب لعدم الخصم عنه
ولا ولاية لأحد في إدخال الشي في ملك غيره بغير رضاه ونحو وجوه من أن يكون خصما في
ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون أصله كالوصية الثابتة في ضمن
البيع بالمحاباة يبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها أو
ادعا عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبي ليلى تندفع الخصومة بإقراره
للغايب من غير إقامة البينة لأن كلامه إقرار منه بالملك للغايب والإقرار
موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما أقر به بمجرد
الإقرار ألا يرى أن من أقر بعين للغايب ثم أقر بها للحاضر فرجع الغايب وصدقه يومر
بالتسليم إليه ولذا الصحيح لو أقر لغيره بشي فمرض فصدقه المقر له في مرضه
كان إقراره إقرار الصحيح ولذا لو أقر بشي لشخص ثم غاب يقضي عليه به ويؤخذ
من ماله ولو لم يكن إقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولأنه لا يخلو إما أن يكون
صادقا أو كاذبا فإن كان صادقا فلا خصومة بينهما وإن كان كاذبا فإقراره على
نفسه صحيح فيثبت به أن يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا إن بينته أثبتت
أمرين الملك للغايب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو
خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المرأة والأمة إذا أقامت بينة على الطلاق
أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعي أقر بذلك أو أثبت إقراره به وهذا
لأن مقصود ذي اليد إثبات يد حافظة لنفسه لا إثبات الملك للغايب ولا يملك
دفعها بمجرد إقراره لأن الخصومة توجهت بظاهر يده ولهذا أجبر بالخصومة
ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها إلا بالحجة كما إذا ادعا إحالة غريمه على

غيره ولأن دفعها بلا بينة يؤدي إلى إتوا الحقوق لأن أحدا لا يعجز عنه وقوله من
أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره إلى آخره قلنا ثبوت الملك متوقف على
قبوله فيتوقف بمواجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى إذا صدقه تبين
أن ملكه كان ثابتا من وقت الإقرار وأن يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا
يومر بالتسليم إلى المقر له إذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة
ويسلم القاضي المقر به إلى المقر له إذا غاب المقر بعد إقراره عنده بخلاف
ما إذا ادعا العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وإن
أقام بينة على أنها كانت وديعة عنده بالاتفاق لأن المدعي بعد هلاك العين
يدعي عليه بالقيمة وهي في ذمته ألا يرى أن القاضي يقضي بها على مودع الغاصب
فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما إذا ادعا
الفعل عليه كالغصب ونحوه لأن ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى
الفعل عليه فلا تندفع الخصومة بإقامة البينة أن العين لغيره ألا يرى أن دعوى
الفعل تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع
بالتحويل لأنه صار خصما له باعتبار يده فإذا أثبت بالبينة أن يده حافظة وليست
يد خصومة اندفعت الخصومة وقال أبو يوسف آخرا إن كان المدعا عليه
صالحا فالجواب كما ذكرنا وإن كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه
الخصومة وإن أقام بينة أن العين للغايب لأن المحتال من الناس يأخذ مال
غيره غصبا ويدفعه سرا إلى غريب يريد أن يغيب من البلدة ويواعده
أن يرده إليه على رؤوس الأشهاد ليمكنه الإشهاد على أن هذا الشي أودعه
غيره عندما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن ينظر في
أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع إلى هذا القول بعدما ولي القضا وابتلي
بأمور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما إذا قال الشهود نعرف
صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لأن المدعي يمكنه
أن يتبعه وإن قالوا لا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع
الخصومة عن ذي اليد بالإجماع لأنهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف

يكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان
المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال
دفعا للضرورة عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع
الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا احاله على
معروف يمكن الوصول اليه حيلا بتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون
معرفة الا نرى الى قوله عليه السلام لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل
تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ولهذا لو حلف لا يعرف فلانا
وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود
لا يتمكن المدعي على اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله
تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد اثبتت بينته ان العين اخذها من غير
المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون انه غير
هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظه وان العين ليست لهذا
الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي بقدم
التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى شهوده حيث
لم يعينوا الخصم فاضر وابه ونحن نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن
ليس تعريف خصمه على ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس خصمه وان يده
يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي
ان يكون على قول ابي يوسف على التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة
مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية
وغيرهما او فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد بيناه بحمد الله تعالى قال
رحمه الله وان قال ابتعته من الغايب او قال المدعي غصبته او سرق
مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان وبرهن عليه لا اي لا تندفع الخصومة في
هذه الصور وان اقام المدعا عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في
المسئلة الاولى بدعواه الشرا من الغايب صار معترفا بان يده يد ملك
فيكون معترفا بانه خصم وفي المسئلة الثانية ان المدعي لما قال لصاحب

اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه ومنه لا يمكنه
الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى
تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف
دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم جاء
المقرله الغايب واقام بينته على ذلك يقبل بينته لان الغايب لم يصر مقضيا
عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يكون
دعوى للفعل عليه في المعنى استحسانا وانما حمله بالبنا للمفعول لاجل الستر
عليه حتى لا تقطع يده فصار كانه قال له سرقته مني وقال محمد رحمه الله تندفع
الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب
مني على البنا للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة
الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد
لا يوجب على فاعله فلا يحترز عن تشنيعه ولو ادعا انه اشتراها من ذي اليد
وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت
الخصومة وان ادعا على ذي اليد فعلا لان المدعا عنده استوفا احكامه
فصار كالعدم فكان الدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع
قال رحمه الله وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه فلان
ذلك سقطت الخصومة لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله
الى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه
من يده الان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ
ولو صدقه ذو اليد في شرايه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون
قضاء على الغايب باقراره وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان
ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة لان وصول الدار الى يد ذي اليد لم تثبت
من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعي
ولهذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى
ذي اليد بخلاف المسئلة الاولى وهي مسئلة الكتاب لان وصول اليه من

جهة الغايب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشرا
منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل من جهته ولو قال ذو اليد
ان فلان اودعني العين فقال المدعي كان اودعك اياها ثم وهبها منك او باعك
اياها وانكره ذو اليد استحلف بالله تعالى انه ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل
عن اليمين جعله خصما لان نكوله كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشرا اعترف
منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار
المدعي بها والله اعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله برهنا على ما في يد اخر قضي لهما يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد
غيرهما وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي
بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي رحمه الله يتهاتران وعنه انه يقرع
بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك شخصان عينا واحدة
كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح او المصير
الى القرعة لما روي انه عليه السلام اقرع بين رجلين تنازعا في امة واقام كل
واحد منهما بينة انها له فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن
خرجت له قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة
وقال مالك يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل
اقوى في الحجة ولا يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده
اكثر عددا لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روي عن ابي موسى
ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل
واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين
رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو
داود والنسائي واحمد وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل
للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بان اوصى لكل واحد منهما
بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين ولذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح

لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل
بها ما امكن وقد امكن هنا لان الايدي قد تتوالى الى عين واحدة في اوقات
مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم
بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود
بالكل وهو الامتناع عن الكذب ولذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح
يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي انه عليه السلام اقرع بينهما ان صح
فهو محمول على انه كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا
يرى ان القرعة لتعيين الاستحقاق مما لا يجوز لكونها قمارا ولذا التعيين المستحق
وانما يقرع في القسمة لتطييب القلوب ونفي التهمة لا للاستحقاق الا يرى ان
للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال وعلى نكاح امراة
سقطا وهي لمن صدقت او سبقت بينته يعني لو اقام اثنان بينة على ان هذه
المراة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل
الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها او
اسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما فيكون
هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق
عقده الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فيكون هو اولى لان التصريح يفوق
الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امراة واقام بينة فحكم له
به حتى لا يقبل دعوى احد النكاح فيها بعده لكونها اقوى لاتصال القضا بها
وهو المراد بقوله او سبقت بينته احدهما الا لما سبقت وحكم بها تاكدت فلا تنتقض
بغير المتاكدة الا اذا اثبت الثانية ان نكاحه اسبق فحينئذ يكون اولى لان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا والحاصل انهما اذا تنازعا في امراة واقاما البينة فان
ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يورخا او استوى تاريخهما
فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى
وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المراة قال رحمه الله وعلى

الشرا منه لكل بنصفه ببدله ان شاء اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة على الشرا
من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك
لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي به بينهما لتعذر القضا بكله
لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار
نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل واجاز المولى البيعين
وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد
حكما وان لم يكن ذلك حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله
وذلك ممكن في وقت واحد قال رحمه الله وبابا احدهما بعد القضا لم ياخذ الاخر
كله اي لو قضى به القاضي بينهما وابا احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس
للاخر ان ياخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه وانفسخ البيع فيه وانما قلنا
ذلك لانه ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي
به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له اخذه بعد
الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضا به بينهما حيث يكون للاخر ان
ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف ٥
بالمزاحمة ضرورة القضا به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم احد الشفيعين
فانه ان كان قبل القضا فللاخر ان ياخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له ان
ياخذ الا النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة
القضا به بينهما على ما بينا قال رحمه الله وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا الشرا
من ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع ثم اثبت احدهما الشرا منه في وقت لا
ينازعه فيه احد فاندفع به الاخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشرا من
رجل اخر غير الذي يدعي الشرا منه الاخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ
الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بايعه في اثبات الملك له وملك بايعهما
لا تاريخ فيه فصار كان البايعين حضرا واثبتا الملك لنفسهما مطلقا من غير تاريخ
ولذا لو ارخت احداهما ولم يورخ الاخرى كان صاحب التاريخ اولى لانهما اتفقا
على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراهما حادث

والحادث يضاف الى اقرب الاوقات الا اذا اثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا
كان المورخ اولى بخلاف ما اذا اختلف بايعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا
الملك ولم يدعيا الشرا من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ اولى عند ابي
حنيفة ومحمد على ما نبين فوقه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله ولذي
القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه
من قبضه دليل على سبق شرايه ولانهما استويا في اثبات الشرا من ذي اليد وترجح احدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه الثابت المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ
الاخر ايضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراه قبل شرا صاحب اليد فحينئذ
يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا اختلف بايعهما ولاحدهما
قبض حيث يكون فيه غير القابض اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبايعهما اولا
فاذا اجتمع فيه في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج
اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبايع لثبوته بتصادقهما فكان
المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض اقوى لتاييده
بالقبض قال رحمه الله والشرا احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شرا من
شخص وادعى الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ
معهما كان الشرا اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه
بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشرا فيه اولى
لانهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات
الملك وهما في ذلك سوا وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته
باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لنفسهما وفيه يقدم الاقوى
وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان الاقدم منهما تاريخا لثبوت ملكه
في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه
سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشرا مع الصدقة
في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض
فيهما مستويان لاستوايهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان

اثر الملك وهو يظهر في الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح
يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر
لا القوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي
الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت
لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما
يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين
على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بناء على ان هبة
الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستند بقضاء القاضي
وقضاؤه لهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ
اذ كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع
صحة الهبة والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد
منهما بالنصف فانما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف
العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم تؤقت البينتان
ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى
وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو اولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا
في الشرا من ذي اليد قال رحمه الله والشرا والمهر سواء يعني اذا ادعى احدهما
شراء عين من رجل وادعت امراة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين
فهما سواء لاستواء السببين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة
يثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمراة نصف العين
ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف
العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه
وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشرا اولى ولها على الزوج قيمة
العين لان العمل بالبينتين ممكن بمصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما
امكن واجب وقد امكن العمل بهما بتقديم الشرا اذ النكاح على عين مملوكة للغير
جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح

مبطل

مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب
حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه وحتى قدر متاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار
اليه كما لا يصار الى تاخر الشرا فيجعل كانهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك
العين فلا يتقدم احدهما على الاخر لدعوى الشرا منهما بل القياس ان يكون النكاح
اولى من الشرا لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف بنفس
العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما
قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا يمكن اثباته الا بحجة قال
والرهن احق من الهبة يعني لو ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا
من صاحب اليد واقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان
الرهن اولى وهذا استحسان والقياس ان تكون الهبة اولى لانها تثبت
الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة اولى وهذا رواية
كتاب الشهادات وجه الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون
اقوى فكان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى
لكونه عقد ضمان يثبت الملك في الحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند
الهلاك معنى لا صورة قال رحمه الله ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ
او على الشرا من واحد فالاسبق احق اي لو اقام الخارجان البينة على الملك
المطلق والتاريخ او على الشرا من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان اسبقهما
تاريخا اولى بها اما الاولى فالمراد به ما ذكره في اول الباب وانما اعاده
هنا لاجل ذكر التاريخ وانما كان اسبقهما تاريخا فيهما اولى لانه اثبت ملكه
في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان
دعوى الملك المطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على
ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد
فيكون تلقيا من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصارا كما لو
ادعيا التملك بالشرا من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي ان
هذا قول ابي حنيفة وقول محمد اولا وهو قول ابي يوسف اخرا وفي

محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه
دعوى اولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات
التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة
الاستحقاق لا يتصور في دعوى اولية الملك فكان التقدم والتاخر فيه سواء ولو
ارخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
المورخ اولى وقال محمد المبهم لان البينة على الملك المطلق يدل على الملك من الاصل
على ما بينا الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي
يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الاخر فكان المتيقن
اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشرا من واحد ولابي حنيفة رحمه الله ان
المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المورخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشرا
من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى اقرب اوقاته ما لم يورخ فاذا
ارخ دل على سبق ملكه فيترجح به على الاخر وان لم يورخ واحد منهما فهما سواء
على ما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم المرجح واما الثانية
فلانهما لما ادعيا الشرا من شخص واحد فقد اتفقا على ان الملك له ثم اثبت منهما
التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه احد فكان اولى لاتفاقهما على ان الملك لا
يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر
غير الذي يدعي منه صاحبه الشرا على ما يجي من قريب ولو لم يورخا فهما سوا وان
ارخت احداهما دون الاخرى فالمورخ اولى لما بينا وان كان مع احدهما قبض كان
هو اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا فحاصله ان هذه المسالة مثل
المسالة المتقدمة وهي ما اذا ادعيا الشرا من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام
حتى اذا ادعى احدهما الشرا والاخر الهبة والقبض او ادعى احدهما الشرا والاخر المهر
او احدهما الرهن والاخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك
على ما بينا والجامع بينهما ان المدعيين في المسالتين اتفقا بدعواهما الشرا من
شخص واحد على ان الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان
حكمهما واحدا قال رحمه الله وعلى الشرا من اخر وذكرا تاريخا استويا يعني

لو اقام

لو اقام كل واحد منهما بينة على الشرا من رجل غير الذي يدعي الشرا منه صاحبه كانا
سوا حتى يكون بينهما نصفين سوا كان تاريخ احدهما اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما
يثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق ولا تاريخ فيه فثبت لكل واحد من البايعين ملك
مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البايعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا
لو ذكر احدهما تاريخا دون الاخر فهما سوا لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح
بالاحتمال بخلاف ما اذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان
ملك بايعهما ثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج
عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المورخ
اولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل وادعى اخر
شرا من غيره وادعى ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم
واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا سوا كان معهم تاريخ او مع بعضهم او لم يكن لما
ذكرنا انهم يثبتون الملك لمملكهم ولذلك تاريخ فيه ولا تقدم الا قوي هنا لما ذكرنا
من قبل قال رحمه الله ولو برهن الخارج على ملك مورخ وتاريخ ذي اليد اسبق او
برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشرا منه فذو
اليد احق يعني في المسايل الثلاث اما في الاولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف
ورواية عن محمد ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان
البينة في الملك المطلق تثبت اولوية الملك فيستوي فيها التاخر والتقدم فصار
كانهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكرا السبب كالشرا ونحوه لانهما يثبتان
الحدوث وفيه الاقدم اولى لانا ندفع المتاخر التلقي من جهة المتقدم وجه قولهما ان
البينة مع التاريخ يدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما
او لم يكن معهما تاريخ او كان مع احدهما دون الاخر فالخارج اولى لان بينته تثبت
غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات للاثبات فكانت
بينة الخارج اولى الا اذا لم يثبت ذو اليد المتقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما اذا ارخت
بينة ذي اليد وحدها خلاف ابي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد اولى فيها وهو

روايه عن أبي حنيفه رحمه الله لان ملك ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الاخر محتمل فلا
يزاحم المتيقن فصار كما اذا ارخت احداهما في دعوى الشرا من واحد قلنا بينة ذي
اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم ينتف من هنا الاحتمال ان يكون ملك الخارج
اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد حيث يكون صاحب اليد اولى في الصور
كلها الا اذا ارخ وكان تاريخ الخارج اقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على
ما بينا ولو كان المدعي في ايديهما وارخا كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما لما بينا ان بينة
ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك
المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عند ابي حنيفه
ومحمد لان ابا حنيفه لا يعتبر التاريخ من احد الجانبين في الملك المطلق لاحتمال على ما
بينا ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند ابي يوسف هو للمورخ منهما لان
تاريخ الواحد معتبر عنده لتعين ملكه في ذلك الوقت واحتمال الاخر على ما بينا
فرجح باليقين واما الثانيه وهي ما اذا اقاما البينه على النتاج او على سبب اخر
لا يتكرر فلان بينتهما قامتا على ما يدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة
صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اوليه الملك تستوعب كل
تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما الا اذا ارخا او اختلفا ما لم يذكر تاريخا
مستحيلا بان لم يوافق سن المدعي والقياس ان يكون الخارج اولى لانهما في اثبات
اوليه الملك وترجح الخارج باثبات ما لا يدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان
اولى وبه قال ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان ويترك
في يد ذي اليد لا على وجه القضا لان احدهما كاذب بيقين لا ستحالة نتاج
دابه من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان
ما روي انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينته انها
ناقته نتجها واقام ذو اليد البينه انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اوليه
الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد
مقبولة للدفع الا يرى انهما لو ارخا في دعوى الشرى وبينة ذي اليد اقدم تقبل
بالاجماع وكذا في المطلق عند ابي حنيفة وابي يوسف لما فيهما من تضمين

إستوناصح

اللكح

معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب
والاجارة والعارية حيث تكون بينة الخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج
لان بينة الخارج في هذه الصور اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو
الغصب واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا واوليه الملك ان لم يكن ثابتا باليد
فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان
اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينه للاثبات وما قاله عيسى غير
صحيح لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينه على النتاج انه يقضي
به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لتهاترا ولذا لو كانت الشاه المذبوحه في
يد احدهما والسواقط في يد الاخر واقام كل واحد منهما البينه على النتاج يقضى
بها وبالسواقط لمن بيده اصل الشاه ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل
واحد منهما ما في يده وثمرة ما قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترتا يصار
الى التحليف ولو اقام الخارج البينه انه اشتراه من فلان وانه ولد عنده واقام
ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى لان
كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كما انه خصم في اثبات الملك له ولو
حضر البايعان واقاما البينه على النتاج كان صاحب اليد اولى فكذا من
قام مقامهما ولو اقام احدهما على الملك والاخر على النتاج كان صاحب النتاج
اولى ايهما كان لانه يثبت اوليه الملك وبعده لا يملك غيره الا بالتلقي من جهته
ولذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينه على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم
يصر مقضيا عليه فجاز له ان يدعيه ولذي المقضي عليه بالملك المطلق لو اقام
البينه على النتاج تقبل بينته وينتقض القضا لان الخارج لم يستحق على ذي
اليد شيا لان ملك ذي اليد يثبت بالنتاج صريحا وبعد ما يثبت الملك له
به لا يتصور ان يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان
يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا
على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل

يحتمل ان يكون له من جهة صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج
من الملك الثابت ذي اليد لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد
فجعل لذلك في حق ترجيح بينه الخارج على بينه ذي اليد فاذا لم يصر مقضيا
عليه في حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينه الاجنبي لانه بمنزلة نص ترك
بخلاف ما اذا ادعاه ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال
الذي ذكرنا انما فصار الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة
لا يقضى له فيها والا قضي له فيها **وقوله** وسبب ملك لا يتكرر معناه
كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم
النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ
الجبن واللبد وجز الصوف والمرعزا وغزل القطن والكتان ونسج
الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضي به للخارج وهو مثل الخز والبنا
والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر
اذا بلي ينقض ويغزل مرة اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم
غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن
في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البنا والغرس
والزراعه يتاتى فيها التكرار وان اشكل عليهم يسال عدول اهل
الخبره بذلك لقوله تعالى **فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون**
الواحد منهم يكفي والاحوط الاثنان وان اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل
والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه بشرط
ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما
او ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب او نتجت هذه الدابه عندي كان
الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه
دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان الدابه ولدت في ملكه فبقي دعوى
مطلق الملك وفيه الخارج اولى ولا تقبل بينه ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول
نسجته في ملكي او نسج في ملكي وولدت الدابه في ملكي وعلى هذا لو قال هذا

اجبني اتخذته انا او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاه التي حلب منها
لبنه ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته او حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد
اولى وعلى هذا لو اقام الخارج البينه ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو
اليد انها نتجت في ملكه كان ذو اليد اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى
لان القضا قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاوه ما لم
يظهر خطاوه بيقين **واما الثالثه** وهي ما اذا اقام الخارج البينه على الملك واقام
ذو اليد البينه على الشرا منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته واثبت ذو
اليد التلقي منه فكان له حكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن دعوى الشرا منه
لا يمنع صحه دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه
منه في زمان يمكن الشرا منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن **قال رحمه الله** ولو برهن
كل على الشرا من الاخر ولا تاريخ سقطا وترك الدار على يد ذي اليد اي لو اقام كل
واحد من الخارج وذو اليد او الخارجين او ذوي الايدي البينه على الشرا من
صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان ويترك المدعى في يد ذي اليد على وجه
القضا **وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف** وقال محمد انه كانت في يد احدهما يقضى
بالبينتين ويكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه
ثم باعه منه ولم يقبضه فيومر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على
ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما
ان الاقرار بالشرا من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار بينه كل واحد منهما كانها
قامت على اقرار الاخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه يلزم
من القضا بهما القضا لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو
الملك وذلك باطل لانه يودي الى ابطال السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه
فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا يخرج
من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يكن الحكم لذي اليد
الا بملك مستحق فيلزم منه القضا له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت
البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان

كان احدهما اكثر رجح بالزيادة وان اختلفا جنسا ردت كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتاتى القصاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد يتاتى لوجوبه عنده ولو شهدا الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما عندهما فظاهر على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جايزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا بخلاف ما لم يذكرا قبض المبيع لانه امكن هناك ان يجعل شرا ذي اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهذا ذكر صاحب الهدايه قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط انه يقضي لهما عنده فيجعل القبض الغاير اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشترين كان الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضي بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضي بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جايز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وكان ينبغي ان يقضي بها لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبض ثم باعها من بايعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جايزان على القولين لان الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضي بها للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وان اثبت شرا ومسابقا فيجعل كانه اشترى اولا ثم اشهد به شهوده ثم باعها من بايعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم البيان لم يشهدوا بالقبض وسلم اليه ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله ولا يرجح بزيادة عدد الشهود معناه ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا يرجح الاية باية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بان كان احدهما متواترا والاخر

من الاحاد

من الاحاد او كان احدهما مفسرا والاخر محتملا فيرجح المفسر على المحتمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه ولذا لا يرجح احد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله دار في يد اخر ادعى نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم اليه من غير منازعة ثم استوعب منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول ابي حنيفه وقالا تقسم الدار بينهما بنصفين اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي النصفين والاخر النصف الواحد وليس لشي واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظاير واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة انواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسايل الميراث والديون والوصيه بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباه والدراهم المرسله والسعايه والعبد اذا قلع عين رجل وقتل اخر خطا فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع اخر منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسلة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي اخر باع نصفه من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفه وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسايل احدها اذا ادعى احدهما نصف الدار والاخر كلها وهي مسلة الكتاب والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله واجاز الورثه والثالثه اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفه وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسايل احدها عبد ماذون له في التجارة بين رجلين ادانه احدهما مايه وادانه اجنبي مايه فقد بين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانيه اذا ادانه اجنبيان احدهما مايه والاخر

ما أتين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثه عبد قتل رجلا خطاء واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان نعفى احدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعه لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسه ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان نعفى احد ولي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلاثه ارباع قيمتها فيقسم بين الساكتين فيعطي الربع لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي اخرا عنده وعندهما اثلاثا والاصل عنده ان القسمه متى وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمه عوليه ومتى وجبت القسمه لحق ثابت على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشايع وحق الاخر في الكل كانت القسمه على المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمه على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمه على المنازعة وبيان تطرق هذه المسايل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضي خان

قال رحمه الله ولو كانت في ايديهما فهي للثاني اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده ليكون يده يدا محقة لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر ولا ينازعه احد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الاخر بالقضاء قال رحمه الله ولو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد ثالث لان المعنى

لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في يدهما او في يد ثالث قال رحمه الله ولو اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في موافقته احد التاريخين يقضي لهما بها لان احدهما ليس باولى بها من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث ولهذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا وان خالف سن الدابة التاريخان بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده والاصح انها لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها للذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل في موافقته سنها احد التاريخين وهذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشي قال رحمه الله برهن احد الخارجين على الغصب والاخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان عليه البينه احدهما بالغصب والاخر بالوديعة استويت دعواه حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا تسقط بالرجوع الى الوفا بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والراكب واللابس احق من اخذ اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبا يد والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينه حيث تكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما التعلق

فليس بحجة ولهذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في
يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى
تقوم الحجة والترجيح ولهذا لو كان احدهما راكبا على السرج والاخر رديفا له
كان الراكب اولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما
اذا كانا راكبين على السرج حتى يكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان
احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسك لجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها للممسك
لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب
ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان
حكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف
الركوب واللبس الا يرى انه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير
غاصبا بالقعود على البساط ولهذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف
ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال
انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما قال رحمه الله وصاحب
الحمل والجذوع والاتصال احق من الغير يعني الاول ان يتنازعا في دابة
وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف
المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها
والاخر ممسك بسكانها واخر يجذف فيها واخر يمدها فهي بينهم الا من يمدها
فانه لا شيء له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف
المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما في الحمل
لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثاني ان يكون
حايط عليه هرادي لرجل ولاخر عليه جذوع او متصل ببنائه فهو لصاحب
الجذوع والاتصال دون الهرادي لان صاحب الجذوع هو المستعمل
وصاحب الهرادي متعلق والبنا للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار
نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة
فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال

تربيع وهو ان يتداخل لبن البنا المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البنا
المتنازع فيه وساج احدهما مركب على ساج الاخر لان الاتصال بهذه المثابة
لا تكون الا عند البنا فدل ذلك على ان بانيهما واحد في وقت واحد فترجح به
وكان الكرخي رحمه الله تعالى يقول صفة هذا الاتصال ان تكون الحايط المتنازع
فيه متصلا بحايطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحايطان متصلان بحايط له
بمقابلة الحايط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في
حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف رحمه الله ان اتصال جانبي الحايط المتنازع
فيه بحايطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحايطين بحايط له بمقابلة الحايط
المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محتفا
بالحايط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحايط المتنازع
فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الاخر
واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من
غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ولا بموضع الهرادي ولا
البواري لان الحايط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر اصلا
لوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي
ولا شيء للاخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما ولا يرجح صاحب الهرادي
لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه
ولان البنا للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي رحمه الله
لا يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل انه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة
مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحايط فكان في يده والقول قول
صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحايط بني للجذوع فوضعه
علامة ملكه ومثل هذا يصلح ان يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع
البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة
فهو بينهما لاستوائهما في اصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد ان يبلغ ثلثا
الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا ان يبلغ ثلثا لان الحايط

معنى التسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له
ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلثة وللاخر اقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا وهو
قول ابي حنيفة رضي الله عنه والقياس وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان يكون
بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيها كما اذا كان
لهما حمل على دابة لاحدهما مائة من وللاخر من او منوان فانها بينهما نصفان ووجه
الاستحسان ان ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحائط لاجل الواحد والاثنين
عادة والحجة الناقصة لا تظهر مقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد والاثنين
حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو
يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يومر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحائط له بالبينة
حيث يومر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير
الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة ولاحدهما
عليه حمل وللاخر كوز معلق او نحوه حيث يومر بالقلع وان كان استحقاقه باليد
ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء موبدا وانما
يمكن موقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة واما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلف الروايات بعد ذلك
في انه يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب الاقرار ان الحائط لصاحب الاجذاع
ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا تبنى لاجل
جذع واحد او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة ولا يحكم له بالملك لمسئلة
الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق على ما بيناه وذكر في كتاب
الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون
في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود
سبب الاستحقاق فيه ثم من اصحابنا من قال ما بين الخشاب بينهما على قدر
الاخشاب واكثرهم على انه لا يملك صاحب الخشبة او الخشبتين الا موضع خشبته
ومنهم من قال يكون بين الخشب بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحائط بينهما
على قدر اخشابهما اعتبارا بقدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار

اصح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في
الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع
اولى لان له تصرفا في الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة
على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى
لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضا ببعضه يصير قضاء
بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها
بالسبق لان التربيع يكون حالة البنا وهو سابق على وضع الجذوع فكان بيده
ثابتا فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه لا يرفع جذوع
الاخر على ما بينا ولا فرق بين هاتين ان يكون الاتصال من جانب او من الجانبين
على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الايدي في الحائط على ثلاث مراتب
اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بنا ولا علامة
لليد في الحائط سوى هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع
فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر
اختلف المشايخ فيه قيل هما سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذوع
اولى لان الحائط قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك عزيز غايب ولو كان لاحدهما
عليه هرادي او بواري ولا شيء للاخر فهو بينهما والهرادي لا تعتبر ولا البواري
وفي فتاوى قاضي خان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادي
او بواري او لم يكن له عليه شي فهو لصاحب الجذوع قال رحمه الله
ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصف يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد
احدهما وطرفه في يد الاخر كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في
الثوب الا ان احداهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا ان
الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل
على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان
لاحدهما منا وللاخر مائة منا كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد احدهما
الهدبة والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست بثوب اذ هي غير منسوجة

فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر قال صبي صغير فقال انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده اما الاول فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فليت يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحوى عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة ولو كان في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه بطل وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم ان اللقيط اذا اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن نفسه مخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه امين فيه والامين يده قائمة مقام يد غيره فكانت يده غير ثابتة حكما واما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حقيقة او حقيقته للصغر وحكما للرق وهذا لان الاصل في الادمي وان كان الا انه عليه بدعوة الوراثة حتى لا يكون منها ناكالقماش والبهايم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد امرين اما بالصغر حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله عشرة ابيات في دار في يده وبيت في يد اخر فالساحة نصفان لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سوا فتنصف

بينهما فصارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله ادعيا ارضا انها في يده ولبن احدهما او بنى او حفر فهي في يده حالو برهن انها في يده لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا تثبت على القاضي بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها في يده او من التصرف فيها كالتلبين او البنا او الحفر لان التمكن من هذه الاشيا دليل على انها في يده ثم ان ادعيا انها في ايديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال انها في يد غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر ان ينازعه في اليد لاقراره انها في يد صاحبه واقراره في حق نفسه مقبول ولهذا لو حلفا انها ليست في يد صاحبه فنكل احدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها ويبرى كل منهما من دعوى صاحبه وان اقام احدهما البينه انها في يده قضي له باليد فيها ويكون الاخر خارجا ولذا ان لبن احدهما او بنى او غرس او فعل شيا اخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينه على اليد قضي بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينه على الملك قيل هذا قول ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يقسم بنا على ان الورثة اذا كانت دار في ايديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفه لا يقسمها حتى يقيموا البينه انه مات وتركها ميراثا بينهم والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري معه او بعده وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم

لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل
على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر الباطل
ظاهرا فصار في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع
فلا يقبل اذ التناقض تبطل الدعوى فصارت كما لو ادعاه ابو البايع او ادعا هو اعتاقها
او تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض فتقبل
دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة
بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالحبل ثم يظهر له او قد يظن ان العلوق
من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر في التناقض كالزوج اذا كذب نفسه بعد قضا القاضي
بنفي النسب باللعان وكالمختلعة تقيم البينة ان الزوج طلقها ثلثا قبل الخلع وكالمكاتب
يقيم البينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفا
عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق فيعذران فيه
بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر
ولانه لم يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال
حتى لو اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته لتيقننا بكذبه ثبوت الحرية والتدبير
قبل البيع وبخلاف دعوى ابي البايع لان شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت
العلوق الى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البايع
استندت الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام ولده فيكون
باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع
فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البايع او بعده وهو
المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده لان دعوة البايع اسبق لانها تستند
الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في ملكه ودعوة المشتري
دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى اقوى فلا تعتبر
الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البايع تبين ان البيع كان باطلا فلم يدخل في
ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد
استغنى عن النسب بثبوته من البايع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله

وان ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري
ثبت نسبه منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك الا يرى انه يجوز اعتاقه واعتاق امه
فلذا يصح دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى الحرية ويثبت لها امومية الولد باقراره
ثم لا تصح دعوة البايع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان
النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استحقاق النسب للبايع ضرورة قال
رحمه الله ولذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد يعني اذا ماتت الام فادعا البايع
الولد وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا
مات الولد ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد هو الاصل في
الباب والام تبع له فيه الا يرى انها تضاف اليه فيثبت نسبه اولا فيعتق فتتبعه
الام فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وقال عليه
السلام من وطي امته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان
المقصود من الدعوة الولد دون الام وهي تدخل تبعا فكان الثابت له اقوى والادنى
تبع للاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب
ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح
دعوته في الام لان الحكم لم يثبت في التبع ابتدا اي بدون متبوعه والولد قد استغنى
عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه
ويرد الثمن كله عند ابي حنيفه رضي الله عنه لانه تبين انه باع ام ولده وبيعها باطل
ولا يضمنها المشتري لان ماليتها غير متقوم عنده كالحر ولهذا لا يضمن بالغصب
عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ماليتها متقومة عندهما
فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا رد الولد دونها
يجب على البايع رد حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل في
ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم في قولهما
وكان ينبغي ان يرد البايع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما
ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع
فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد

من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله **قال رحمه الله** وعتقهما كموتهما
اي اعتاق المشتري الام والولد كموتهما حتى لو اعتق المشتري الام دون الولد فادعى البايع
الولد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام لا يصح دعوته
كما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى يمتنع الدعوى دون الام كما قلنا
في الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار
اعتاقه كدعوته انه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولا وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا
يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشتري ولان للبايع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد
وما ثبت للمشتري حقيقته والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل
النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم ان
قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البايع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع فيثبت النسب
من اعتاق المشتري لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فيتبين انه
ام ولد فلم يملكها المشتري فيبطل البيع كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد
فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق
المشتري لانه لم يلاقه ضرورة انهما خلقا من ماء واحد ولهذا انبطل سائر تصرفاته مثل
البيع والهبة فكذا توابعه لانا نقول ثبوت الامومية ليس من احكام ثبوت النسب
ولا من ضروراته الا ترى ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة
ولا تصير ام ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لاحدهما من
الاحكام يثبت للاخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام قيل البايع يرد من
الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية خاصة ع هنا وذكر الفرق
لابي حنيفة رحمه الله في المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البايع فيها يرد
جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق ان في الاعتاق القاضي كذب
البايع فيما يزعم انها ام ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما
فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البايع فيه لم يبطل
بشيء فبقي معتبرا في حقه اذا لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق
يرد حصة الولد ثم جعل هنا المولود بعد القبض حصة من الثمن كالموجود قبله

لكون البايع تسبب من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى
وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه هنا بالدعوة
او لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال البايع جميع الثمن هنا **عند ابي حنيفة
رحمه الله** كما في فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيواخذ
بزعمه واليه مال **صاحب الهداية** وصححه وهو خلاف الرواية وكيف يقال يسترد
جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط
بان يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض
وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك
قال رحمه الله وان ولدت لاكثر من سنة اشهر ردت دعوة البايع الا ان يصدقه
المشتري وهذا الكلام يشمل وجهين احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت
البيع فحكمه انه لا تصح دعواه لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو المصحح الا اذا صدقه
المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا ان العلوق
لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة ام ولد له لان
العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه
الدعوة دعوة تحرير فلا تنفذ الا في الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير
والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فحكمه ان دعوة
البايع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا
ان يصدقه المشتري فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له
تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فيتبين انه باع
ام ولده فيبطل وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد فتستند ثم اعلم ان الدعوى
هنا ثلاثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب يدعي جارية ابنه
وحكم كل قسم وشرطه في موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلثة اما ان
تلد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا حكم
كل بحمد الله تعالى فاحفظه **قال رحمه الله** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما
منه لما بينا وانما يعرف انهما توأمان اذا كان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر وان

كان ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت بولد ثم
جاءت بولد اخر لاقل من ستة يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثاني
بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه بالاول وهي حبلى لان فم الرحم منسد ولا ينفتح وهي
حبلى الا لخروج الولد **قال رحمه الله** وان باع احدهما واعتقه المشتري بطل عتق المشتري
معناه اذا باع احد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه انه ابنه يثبت
نسبهما منه ويبطل عتق المشتري فيه لان دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق
والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر منه لانهما من ماء واحد
فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حر الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل
والاخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرية الثابتة باصل
الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى
البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز
على ما بينا وجهه وههنا تثبت الحرية في الذي لم يبعه ثم تتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا
وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه
واما اذا لم يكن العلوق في ملكه بان اشتراها بعد الولادة او اشترى امهما وهي حبلى بهما
او باعهما فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا
لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد اعتقه لا يبطل عتقه لان هذه
الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكه الا من يملك الانشاء فلهذا اشترط
لنزول العتق عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسألة الاولى وهو ما اذا كان العلوق
في ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فيستند ومن ضرورته عتقهما
بطريق انهما حرا الاصل فتبين انه باع حرا **قال رحمه الله** صبي عند رجل فقال
هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد ان يكون ابنه معناه اذا كان صبي عند
رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني
لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان الغائب ان يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم
ان يكون الصبي في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد
ذلك لانه اقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان

اقراره حجة في حق نفسه **وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا** تصح دعوة المقر بعد
جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم يكن ولهذا يعتق
عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار بما
لا يحتمل النقض يلحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح
معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق
العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه
فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفي للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق
عليه لا يمنع الاقرار به بعده بان قال ليس هو بابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا
يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفي النسب عنه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي
نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار
تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه
ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في
حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن اقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى
في حق المقر حرا ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على
رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل
لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت
نسبه منه ولذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كالدعوة قبل الرد
ولان موجب اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة
واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة
الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب الزم من الولاء فانه
يقبل التحويل من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب ولذا لو ارتدت
معتقة والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت واعتقها المولى الثاني كان الولاء
له والنسب كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه
لاقراره بحريته كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن
يبيع عبدا اصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل

دعواه بنسبه الى غيره مطلقا عنده وعندهما بشرط ان لا يرد المقر له النسب بان
يسكت او يقر به لميت او لغائب لا يعرف **قال رحمه الله** ولو كان في يد مسلم ونصراني
فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي في
ايديهما فادعى النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده وادعياه معا كان حرا ابن النصراني
لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه تفوت شرف الحرية اذ لا قدرة له على
اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام
يرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا لان النظر
له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون
المسلم فيه اولى لاستوائهما في دعوى البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي
لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه **قال رحمه الله** وان كان صبي في يد
زوجين وزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد
اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق
صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح احدهما على الاخر لاستوائهما فيه وقيام الفراش
بينهما دليل ظاهر على انه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه
هذا الثوب لي ولفلان اخر غيرك وليس لك انت فيه شيء كان الثوب بينهما
ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه لان المقر له يشارك
المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشاركه لانه لا يحتملها
هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له ايهما صدق
ثبت نسبه منه **قال رحمه الله** ولدت مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة
الولد وهو حر يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن
المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشرى
اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت روي
ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله عنه في الشرى بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين

واجب اذ المغرور معذور ولانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والام ملك
المستحق والولد جزؤها فاستوجب الاخر النظر فوجب الجمع بينهما ما امكن
مراعاة لحقيهما وذلك بان نجعل الولد جزء الاصل في حق الاب ورقيقا في
حق المشتري لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب
قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق
رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر
قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب
ميتا يؤخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه
ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق ضرورة القضاء
بالقيمة فلا يعدو موضعها ثم هذا الغرور وان كان في ملك اليمين فظاهر وان
كان في النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق
البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج
انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فتثبت به حرية الاصل
للاولاد **قال رحمه الله** فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته يعني لو مات الولد
قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة
لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على ما عرف في موضعه
فاولى ان يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان
الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم تجعل سلامة الارث كسلامة
نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب
عليه ضمان قدر قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم
يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل
من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله
الاب لان المنع محقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب
قال رحمه الله ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر اي يرجع المشتري
بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها

لان البايع صار كفيلاً بما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن في جانب المشتري سالما للبايع وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل البايع كفيلاً بسبب تلك البدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البايع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه ولهذا اذا هلكت عند المشتري بضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البايع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا ولذا اذا زوجه رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني على التزوج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزوج فيكون الاستيلاد بناء على التزوج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقايل انا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد ويقال ما لزمه من هذا الضمان انما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشي لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البايع **وعند الشافعي رضي الله عنه** يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفا من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفي مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشي من قيمة الاولاد **وعند الشافعي** يرجع لان المغرور قد تحقق له منه بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكته قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكها فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشي بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة او الضمان على ما بينا وهذه تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه السلام **تناكحوا تتوالدوا وتكثروا** الحديث فاذا لم يسلم له ما هو

المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشتري من اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد **عند ابي حنيفة رضي الله عنه** وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب **ولابي حنيفة** رحمه الله ان البايع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البايع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به سبب الاول بخلاف الثمن لان البايع الاول ضمن للبايع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبايعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري الاول استحقه سليما فلم يوجد والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قر الشي اذا ثبت واقره غيره اذا اثبته وفي الشرع عبارة عن الاخبار عما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طايعا ولو نه حر اليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يواخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا اقر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ في الحال واذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشا والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق نفسه بخلاف الانشا ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشا لصح **قال رحمه الله** هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وهذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه فانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى **قال** اذا اقر حر مكلف صح ولو مجهولا لشي وحق لان الاقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب

فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق أمره بالاملاء فلو لم يقبل اقراره لما كان
لاملائه معنى وقد نهى الله تعالى ايضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله
ربه ولا يبخس منه شيئا فصار نظير امره باداء الشهادة ونهيه عن كتمانها
وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شهادة قال ابن عباس رضي
الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد
به الاقرار واما السنة فما روي انه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما
فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال اولى ان يجب واما الاجماع فلان الامة
اجمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى اوجبوا عليه الحدود والقصاص
باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما
المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله
فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره
في حق غيره حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا
يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة
لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل اما الاقرار
فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا رده المقر له
فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره
لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه
فحل فيكون هبة مبتداة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه
يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا الماذون له يتاخر اقراره بما ليس من
باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امراة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر
بجناية توجب المال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه
بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما الا
يرى ان اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون
لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي او المعتوه ماذونا له فيصح اقراره
بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله احد فلا يجد بدا

منه فدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات
والغصوب فيصح اقراره بها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل
على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح
اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية
ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا يدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه
كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور
لانه في الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان
السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء
وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا بشرب المتخذ من الحبوب او
العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله تعالى وقوله ولو مجهولا كشيء وحق اي ولو كان
المقر به مجهولا بان قال علي شيء او حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا او
يجرح جراحة او يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج
اليه لا يراد منه بالايفاء او التراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا
بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي ولا يليه القضاء
بالمجهول فتبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف
الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة بان قال على الف درهم لواحد من الناس
او لم تتفاحش بان قال على الف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن
جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته هكذا ذكره شمس الائمة رحمه
الله تعالى وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت لا تجوز
وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لان
المقر قد نسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى ابطال الحق عن المستحق
والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق احد
عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدي الى ابطال حقه
وبخلاف اعتاق احد العبدين لان العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الاجبار الى

ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما امكن دعواهما
فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على احدنا
الف درهم لا يصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية قال رحمه الله ويجبر على بيانه
لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان لهذا من الاسباب يتحقق مع الجهالة
كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير
في قدره وجنسه وصفته فيحمل عليه ما لم يبين السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع او الاجارة
لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه انه متى
اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب يصح مع
الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك
وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر الا يرى ان القاضي لو راى
انسانا يبيع شيئا غير معين او يشتري لشي من غير نقد بثمن لا يجبره على الابقاء
فكذا اذا اقر به قال رحمه الله ويبين ما له قيمة لانه اخبر عن الواجب في ذمته وما لا قيمة
له لا يجب فيها بينه به فيكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة او قطرة ما وما
اشبه ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر
او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول اصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة لان هذا
لو اقر بغصب شي لا يسمع منه الا اذا بين ما له فيه لان لفظ الغصب يدل على انه
يجري فيه التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله علي حق اردت به حق الاسلام لا يصدق
لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال والقول للمقر مع يمينه ان ادعا
المقر له اكثر منه لانه المنكر قال رحمه الله وفي مال لم يصدق في اقل من درهم يعني اذا
قال لفلان علي مال لم يصدق في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق
عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال ومال عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوف
بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا
واوجب عليه مواساة الفقرا ولذا عرفا حتى يعد من الاغنيا عادة وعن ابي حنيفة
رضي الله عنه انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو
عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب

مثل جواب الكتاب وهو قولهما لا يعتبر ان يبلغ نصابا يوخذ من جنسه الزكوة من المال
الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك
قليل حيث لا يجب فيه الزكوة من جنسه والاصح ان على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى
فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض
فان المايتين في الزكوة وفي السرقة والمهر العشره عظيم فيرجع الى حاله ذكره في النهاية
وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله واموال عظام ثلثه نصب يعني من اي
مال فسر به لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في اقل منه لليقين به وان بينه بغير مال
الزكوة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي
على قياس ما روي عن ابي حنيفة ان يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال ودراهم كثيره
عشره وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يصدق في اقل من مايتين لان صاحب النصاب
مكثر ولهذا اوجب عليه مواساة غيره وله ان العشره اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان
هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال علي دنانير كثيره
عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشره وعلى هذا اذا قال علي ثياب كثيره
او وصايف كثيره فعنده عشره وعندهما يلزمه ما يساوي مايتي درهم وان قال
غصبت ابلا كثيره او بقرا كثيره او غنما كثيره او حنطة ينصرف الى اقل نصاب
يوخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمس وعشرون من الابل والثلاثون من البقر
والاربعون من الغنم وخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال
علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان
الجرجاني رحمه الله تعالى عليه يقول يلزمه مايتان قال رحمه الله ودراهم ثلاثة يعني
اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه اقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزايد
على ذلك مشكوك فيه وروي ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا قال له علي دراهم مضاعفه
فعليه ستة دراهم لان ادنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال دراهم اضعافا مضاعفه
يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع واقله ثلاثة فيصير تسعة ثم بالمضاعفة
يصير ثمانية عشر ولذا اذا عكس بان قال علي دراهم مضاعفة اضعافا لانها
بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو يصير ثمانية عشر قال رحمه الله

ولو قال لفلان كذا درهماً درهم لأنه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه
درهمان لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان إذ الواحد لا يعد حتى يكون معه
شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لأن كذا يذكر للعدد عرفاً
وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي
عن محمد أنه يلزمه مائة لأنها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم
عظيم يلزمه درهم واحد لأن الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله
عظيم لأنه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لأن التصغير قد يذكر على طريق
الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان
وكذا في الدنانير لأن التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يعرض عنه إلا بحجة
قال رحمه الله لفلان كذا كذا أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو
ربع زيد ألف لأن هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر وأقل عدد
يذكر اثنان من غير حرف عطف بينهما أحد عشر وبحرف يعطف بينهما أحد وعشرون وثلثة
أعداد تجري في عطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاث حروف ألف ومائة
وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لأنه لا نظير له فلا يزاد على الأول
ولو خمس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد
ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى
ما يتناهى ولو قال لفلان كذا كذا درهماً وديناراً فعليه أحد عشر منهما بالسوية لأنه ذكر عدداً
مبهماً وأشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما إذا قال كذا
كذا درهماً وكذا كذا ديناراً حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر لأنه أضاف كل واحد
من العددين إلى كل واحد من المالين وعلى هذا في القسم فإنه إذا قال علي أحد عشر درهماً
وديناراً لزمه من كل واحد منهما النصف فلو قال علي أحد عشر درهماً وأحد عشر ديناراً يلزمه
لكل واحد منهما أحد عشر والأصل فيه أنه متى ذكر مقداراً وأضافه إلى صنفين من المال
يجب نصف كل واحد منهما كما إذا أقر لرجلين ينقسم عليهم نصفين مثاله إذا قال علي
مائة مثقال ذهب وفضة أو كر حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو
قال لفلان علي عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف إليه فإن فسره بأقل من درهم

جاز لأن

جاز لأن النيف عبارة عن الزيادة ويقال جبل منيف إذا كان زائداً على الجبال ولو
قال علي بضعة وعشرون درهماً لزمه ثلاثة وعشرون لأن البضعة من الثلاثة إلى العشرة
ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الأقل للتيقن به **قال رحمه الله** علي وقبلي إقرار
بالدين لأن كلمة علي للوجوب واشتقاقها من العلو وإنما يعلوه إذا كان ديناً في ذمته
بحيث لا يجد بداً من قضائه ولا يخرج عنه وكلمة قبلي تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان
عن فلان أي ضمن وسمي الكفيل قبيلاً لأنه ضامن وسمي الصك الذي هو حجة الدين
قبالة لأنه يحفظه كالضامن ولو قال المقر عنيت به وديعة ووصل صدق لأنهما
ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل وإرادة
الحال مجازاً ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف إليه عند الإطلاق ويجوز تفسيره به
متصلاً لأنه يحتمله مجازاً ولا يجوز منفصلاً لأنه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره
بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ القدوري في
قوله قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما ولهذا يقال ليس في قبل فلان دين وليس
في قبل فلان وديعة ولهذا إذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون إبراء عن الدين والأمانة
جميعاً وهذا لأن حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والأمانة أدناهما فيحمل عليه
والأول هو المذكور في المبسوط وهو الأصح لأن استعماله في الديون أغلب **قال**
عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة لأن هذه المواضع محل للعين لا للدين
إذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدناهما
فيحمل عليها للتيقن به وهذا لأن كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما للمكان
معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن
فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا ولأن هذه الكلمات في
العرف والعادة تستعمل في الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف **قال**
لو قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتكه أو أحلتك به
فهو إقرار وبلا كناية لا لأن الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار
كأنه أعاد المدعى فيكون إقراراً بها بخلاف ما إذا لم يكن فيه ضمير الألف لأنه لا
دليل على انصرافه إلى المذكور فيكون كلاماً مبتدأً فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله

بلا كناية لا والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح
جوابا ولا يصلح ابتداء جعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء او يصلح لهما فانه يجعل
ابتداء لوقوع الشك في كونه جوابا لئلا يلزمه المال بالشك فان ذكرها الهاء يصلح جوابا
لا ابتداء وان لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا او يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك
هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه
غير مستقل وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد
فيه ولو ادعى انه ابراه منها وتصدق عليه بها او وهبه اياها كان اقرارا لان هذه
الاشيا تلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الحوالة بها يكون اقرارا وكذا لو
قال والله لا اقضيكها او لا ازنها لك اليوم لانه نفي القضا والوزن في وقت معين
وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل المال واجبا
عليه فالقضا يكون منتفيا ابدا ولو قال رجل لاخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال
نعم كان اقرارا منه بالثوب والعبد له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او جصص
داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان ذلك
كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير
لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا فاومأ براسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة
من الاخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي قال رحمه الله وان اقر
بدين مؤجل وادعى المقر له انه حال لزمه حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعا
حقا على المقر له فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا اقر بعبد
في يده لرجل وانه استاجره منه فانه يقبل اقراره له به ولا يسمع دعواه الا بحجة
بخلاف ما اذا اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة
حيث تلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول
قول المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول
قول المنكر في العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول
قوله في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من
غير شرط بان كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة في الكفالة وخلاف ابي يوسف

وخلاف ابي يوسف والشافعي فيها قال وحلف المقر له على الاجل لانه المنكر للاجل
قال رحمه الله على مائة ودرهم كلها دراهم ومائة وثوب تفسير المائة يعني يرجع
اليه في تفسير المائة وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة اثواب حيث تكون
الاثواب تفسيرا للمائة ايضا والقياس ان يرجع في تفسير المائة اليه في قوله مائة
ودرهم كما في قوله مائة وثوب او مائة وثوبان وهو قول الشافعي رضي الله عنه
لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع
للبيان فبقيت المائة على ابهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان ان
عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس استثقلوا
تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت
في الذمة وهو المكيل والموزون والعددي لكثرة اسبابه ودورانه في
الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها
لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في
الكلام والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم يوجد فبقي على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة
اثواب حيث تكون الاثواب تفسيرا للمائة ايضا ويستوي فيه المقدرات وغيرها
لانه ذكر عددين مبهمين فاعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا
بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك الا ترى انهم يقولون احد وعشرون ثوبا وثلثة
وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة اليه وفي النهاية
ذكر ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذا
في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة فيتحقق في
اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس بظاهر
فان عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو
قال لفلان علي نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منهما وكذا لو
قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على شي بغير
عينه او بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه قال علي نصف هذا ونصف هذا
الاخر بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف

بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة هي

هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف هذا الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال
عشرة دراهم ودانق او قيراط فهو من الفضة لان الاستغناء بالتفسير الاول شايع عندهم
قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاث مائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين
قال لو اقر بتمر في قوصرة لزماه يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصب
تمرا في قوصرة ووجهه انه اقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون
ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا في قوصرة لانه كلمة من للانتزاع فيكون
مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق او في السفينة قال رحمه الله وبدابة في
اصطبل لزمته الدابة فقط لان غير المنقول لا يضمن عندهما بالغصب وعلى قياس
قول محمد يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسائل ان
الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله
لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول
ولو ادعى انه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه اقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على
الكمال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا لان غصب المنقول متصور عنده وان لم
يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول لقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني
لانه لا يصلح ان يكون ظرفا له قال الخاتم له الحلقة والفص لان الاسم يشملها
قال رحمه الله وبسيف له النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف ينطلق على
الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته
قال وبحجلة له العيدان والكسوة لان الاسم يطلق على هذه الجملة عادة
وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود
كالديدان في جمع دود قال وثوب في منديل او في ثوب لزماه لانه ظرف
له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا على حمار
حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب
حين اخذه وغصب الشيء من محله لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية
معزيا الى المبسوط قال رحمه الله وبثوب في عشرة لزمه ثوب وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة

فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير فيصير
كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف رحمه الله وهو قول ابي حنيفة اولا ان
العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ الكلام يحمل
عليها لان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه
فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق ان يكون الكل ظرفا للواحد فلغا
اخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه احتمالا لايجاب المال مع الاحتمال
لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا
يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب لمنقوض بما اذا
قال غصبت منه كرباسا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه
ممتنع عرفا قال وخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة وقال زفر عليه عشرة
وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع
احد العددين بقدر العدد الاخر ولزفر ان حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله
تعالى فادخلي في عبادي اي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع احد
العددين بقدر الاخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقته
في ان تكون للظرف ولا يتصور ان تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز المتعارف
بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فتصح
الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان
المجاز متعارض لانها تستعمل بمعنى الواو ولا اتصال بينهما من حيث ان كل واحد
منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى لاصلبنكم في جذوع
النخل اي على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على
ما بينا من قبل وليس حملها على البعض اولى من البعض فلغت لما ذكرنا ان
الظرفية اذا تعذرت تلغو فصار كما اذا قال علي درهم في درهم اذ لا فرق بينه
وبين قوله علي خمسة دراهم في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر
الظرفية وهما فيه سواء وما ذكره الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك
في الممسوح على ان الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير العدد اذ

صحيحه وتكثير الاجزاء لا توجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب
قال رحمه الله وعشرة ان عنى مع اي يلزمه عشرة ان اراد به معنى مع لان اللفظ
وهو حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى يحتمل كلامه صحت نيته لاسيما اذا كان
فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله له علي من درهم الى
عشرة او ما بين درهم الى عشرة له تسعة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
تلزمه العشرة كلها وقال زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لان جعل الدرهم الاول
والاخير حدا والحد لا يدخل في المحدود فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال
لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين فان الحائطين
لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد ان الغاية لا بد ان تكون
موجودة اذ المعدوم لا يصلح ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل
الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله ان
الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو الاصل كما قال زفر الا ان هنا
لا بد من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا
يعقل ثان بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة في ادخال الثانية
فاخذنا فيها بالقياس فلا يدخل ولان العدد يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من
ان يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتداء كالاول
وكذا الثالث والرابع اخره فيؤدي الى خروج الكل من ان يكون واجبا فكان باطلا
ولو قال علي لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة كر حنطة وكر شعير
الا قفيزا لان القفيز الاخير من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو
قال علي عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة تلزمه الدراهم وتسعة دنانير
وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكره المسلكين في النهاية قال له من
داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط لما ذكرنا ان الغاية
لا تدخل في المغيا قال رحمه الله وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا
فلا وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه
بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه

او اوصى له به فلان جاز والا فلا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد رحمه الله يجوز الوصيه
له وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب
لمحمد رحمه الله في الخلافية ان الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما امكن وقد امكن حمله
على السبب الصالح لانه يمكن انه ورثه او اوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان
فصار كاقرار العبد الماذون له او الصبي الماذون له في التجارة فانه يجوز لامكان
الجواز وان احتمل الفساد بان اقر بمال ليس من التجارة ولهذا اجاز اقراره بالحمل مع
احتمال الفساد ولابي يوسف ان للجواز طريقين الارث وليس احدهما باولى من الاخر
فبطل كمن اشترى عبدا بالف ثم باعه وعبدا اخر معه من البائع بالف وخمسمائة
فانه يبطل في العبد المشترى وان امكن جوازه بان يجعل الالف او الثمن المشترى
والباقي في حصة الاخر بخلاف اقرار الماذون له في التجارة لان لصحته جهة واحدة وهي
في التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا
لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف
الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد الماذون له وينفذ اقرار احد
المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور
البيع مع الجنين ولا يلي عليه احد فيبطل وحاصله ان المسألة ثلاث صور اما ان
يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع ولا يقال
ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح
والابطال رجوع وهو عن الاقرار لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو
بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان احدا من اوليائه باعه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيعزى به
ويضيفه الى الجنين ايضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان الباني غيره وهم
الاجراء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا وقت
الاقرار او يحتمل وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر اذا كانت ذات زوج او لاقل
من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به
وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصي او ورثته وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين
او انثيين فهو بينهما نصفان وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى فكذلك في

الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا ان الاقرار بالحمل جائز بالاجماع
وان ابهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار له ثم ان كان
المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار او احتمل ذلك
على الوجه الذي بينا وان كان حمل بهايم يتقدر بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل
الخبرة على ما جرت به عادتهم **قال رحمه الله** وان اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل
الشرط معناه انه قال على لفلان الف درهم قرض او غصب او وديعة او عارية قايمة
او مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة ايام وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا
من قبل وهو اخبار عن الكاين ولبس بانشا والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار ليتغير
به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضايه والخبر لا يتصور فيه ذلك
لانه ان كان صادقا فهو صدق اختار او لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره
ولا بعدم اختياره فتعين الالغا ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل
التعليق بالشرط لعدم حله وهو الاعدام واما اذا قال على الف درهم من ثمن
مبيع بعته على اني بالخيار صح وثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك بينه
لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار
وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر
وان اقر بالدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة
جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه بخلاف الصور
المتقدمة لانها افعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله اعلم بالصواب

باب الاستثنآء وما في معناه

الاستثنا تكلم بالباقي بعد
الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة
وهذا مشكل فان الاستثنا جايز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا
يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على الف
درهم الا مايه او خمسين فعندنا يلزمه تسعمايه لانه لما كان تكلما بالباقي وكان ما نعا
من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزايد بالشك فصار
نظير ما لو قال على تسعمايه او تسعمايه وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل

الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله **قال رحمه الله** صح استثنا ما اقر به متصلا ولزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي
بعد الثنيا وصار اسماله فيلزمه كانه تكلم بالباقي ابتدا ثم اطلاق لفظ البعض في
الجاب من غير تقيد بشي دليل على ان الاكثر جايز وهو المذهب وقال الفرا لا يجوز
لان العرب لم يتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القران قال الله تعالى
لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال تعالى ان عبادي ليس لك عليهم
سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما
كان اكثر لزمه وقال الشاعر ادوا التي نقصت تسعين من مايه ثم ابعثوا حكما
بالعدل حكام استثنى تسعين من مايه وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال
صاحب النهاية ولا يجوز استثنا الاقل والاكثر وان لم يتكلم به العرب ولا يمنع صحته
اذا كان موافقا لطريقهم كاستثنا الكسور وان لم يتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا
فرق بين ان يكون الاستثنا مما لا يقسم او مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان
الا ثلثه او قال الا ثلثيه **قال** لا الاستثنا الكل اي لا يصح استثنا الكل
لان الاستثنا تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شي ليصير متكلما به فيكون رجوعا
فلا يصح وهذا اذا كان استثنا بلفظ المستثنى منه مثل ان يقول على عشره الا
عشره او يقول هولا احرار الا هولا واما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتي
على الكل وذلك مثل ان يقول عبيدي احرار الا هولا او يقول نسايي طوالق الا
هولا او يقول عبيدي احرار الا مبارکا وسالما وبزيعا او يقول نسايي طوالق الا
زينب وعمره وفاطمة وليس له عبيد ولا نسا غير المستثنى صح الاستثنا
فلا يعتق احد منهم ولا تطلق واحدة لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقا شي من
المستثنى منه اذا اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثنا ولا يشترط حقيقة
البقا لان الاستثنا يتبع صحة الكلام لفظا لا تحقق ما دخل تحته الا ترى انه
لو قال لامراته انت طالق الفا الا تسعمايه وتسعه وتسعين يصح حتى لا يقع
عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال انت طالق
ثلاثا الا الفا وعلى هذا لو قال اوصيت له بثلث مالي الا الفا وثلث ماله

اداًصح

بعضه

الى

الف لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيئا لما ذكرنا انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظي ينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما يتناوله اللفظ ولا التكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء قال رحمه الله وصح استثناء الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرها حتى اذا قال على الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا صح ولذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يصح ولو قال على مائة درهم وثوب لا يصح باتفاق اصحابنا وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كانه قال الا خمسة فانها ليست علي فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فان كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثناء اخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس ما قاله محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي الكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار المعنى لان الاستثناء استخراج بطريق المعنى على ان يعتبر الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفاء احدهما لا ينافي ثبوت الاخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر ان ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان ينتفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ ولما كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط ان يكون مقارنا وانما ذلك من المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان احدهما الكذب

وذلك

٢٨٦

وذلك لا يجوز لانه موجود في القران قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا عن لبثه فيهم الف سنة ثم اخبر انه لم يلبث خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لانك اذا قلت على عشرة الا خمسة اسم الخمسة كانك قلت على خمسة لا انك اقررت بعشرة ثم استثنيت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت احاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال رحمه الله ولو وصل اقراره بان شاء الله تعالى بطل اقراره لانه ابطال او تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على الف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صادقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب لينتفي بالتعليق انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط ولذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار او مطرت السماء او هبت الريح او ان قضى الله تعالى او ارادة او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي ذكرنا ولو قال اشهدوا ان له على الف درهم ان مت فهو عليه ان مات او عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى لا يبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى تاكيد الاقرار فيلزمه المال عاش او مات ولذا لو قال على الف اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الفطر او الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره منجزا ودعواه الاجل لا تقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وفي المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسالة فقال الاصل ان تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يتعلق بالشرط وانما يتعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين

الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير
صدقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغى تعلق الاقرار بالشرط الا اذا كان
الشرط سببا لحلول الاجل والموت ومجي الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به
الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في مسايل المبسوط وذكر في النهاية في اوايل هذه
المسئلة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان شاء الله
لم يلزمه شي استحسانا والقياس ان استثناؤه باطل لان ذكر الاستثنا بمنزلة
ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثنا
مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط الا يرى ان موسى عليه السلام
لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب لان الوعد من الانبيا عليهم السلام كالعهد
من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال في المحيط وشرط في
المختصر ان يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل
بما روي عنه عليه السلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا
هو معبر والمعبر لا يصح الا متصلا كالشرط واستثنا النبي عليه السلام كان لامتثال امر
الله بتقدير الامكان لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا في كتاب الطلاق هل هذا الاستثنا
تعليق بشرط لا يعلم وجوده او ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد فلا
نعيده قال رحمه الله ولو استثنى البنا من الدار فهما للمقر له لان البنا داخل في الاقرار
تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثنا تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكن
البنا وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شي من الثمن وانما يثبت للمشتري
الخيار لفوات ساير الاوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لان اجزاء
الدار داخلة تحت لفظ الدار فصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء او فات
قبل القبض يسقط الحصة من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في
البستان نظير البنا في الدار قال رحمه الله بناوها لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البنا فصار كانه قال بياض هذه الارض دون
البنا لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بان قال بناء هذه الدار لي
وارضها لفلان حيث يكون له البنا ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البنا بخلاف

ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما اقر
له به لانه لما اقر بالبنا لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض
اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الاولى لان البنا مملوك له فاذا اقر بالارض
لغيره يتبعها الا ان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال الارض هذه الدار لفلان وبناؤها
لي او لفلان كان الكل للاول لانه لما اقر بالارض له ملك البنا تبعا فلا يقبل قوله بعد
ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان فلكل واحد منهما ما
اقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس هذه المسايل مبني على
ان دعواه لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره
قال رحمه الله ولو قال علي الف من ثمن عبد لم اقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه
الالف والا فلا اي ان عين المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر له لزم المشتري
الثمن بهذا القيد لانه اقر له بالف على صفة فيلزمه على الصفة التي اقر بها وهذه
المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه ما ذكرنا
لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا اخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا
على ما اقر به من ان كل واحد منهما يستحق ما اقر به غير انهما اختلفا في سبب الاستحقاق
ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار
كما اذا اقر له بغصب الف درهم فقال المقر له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما
على الاستحقاق والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر
بشي لما ذكرنا انه اقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع
ان يقول المقر له لم ابعك هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر فحكمه ان يتحالفا لانهما
اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف قال رحمه الله وان لم يعين لزمه الالف
كقوله من ثمن خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا اقر بالف
من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر
وصل ام فصل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان
وصل صدق في المسئلتين فلا يلزمه شي وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له

ان يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لان
ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد او بعده بالاختلاط بامثاله
لانه يفسد به العقد او يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن ولذا ثمن الخمر
لا يجب وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثنا والشرط والمغير
يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه
في اخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان او مفصولا وكذا المقر لو ادعا
تاخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره في التاجيل ويجب عليه حالا لانه اضافه البيع الى
المجهول وانه يودي الى التاخير ابدا كان اولى بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه الا بعد
احضار البايع المبيع فلو احضر البايع عبدا ليسلمه اليه فللمشتري ان يقول المبيع غير
هذا وكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل البايع الى قبض الثمن ابدا
فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتاتى فيه ذلك فلا يودي
الى البطلان فيلزمه على الوجه الذي اقر به على ما بينا هذا اذا كذبه المقر له
وان صدقه في السبب بان قال بعته فكذلك عند ابي حنيفة لانه لزمه الثمن
بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما
القول قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل ام وصل لان البيع لما ثبت بتصا
دقهما بقي امر القبض محملا لانه لم يقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار
بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا
عين المبيع بخلاف ما اذا صدقه في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على
ما بينا فلا يصح مفصولا وههنا لا يعتبر فيه لتصادقهما في السبب فصار من
باب المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال اني اشتريت منه مبيعا
الا اني لم اقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما
اقر بوجود الشراء منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار
لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض
فلا يجب بخلاف ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا وعندهما اذا فصل البيان
لانه قد اقر هناك بالوجوب فلا يسقط باخر كلامه على اختلافهم على ما بينا

ولو

ولو قال لفلان علي الف درهم حرام او ربا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون هذا
حلالا عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم زورا او باطلا ان صدقه المقر له
فلا شيء عليه وان كذبه لزمه ولو اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض
الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد في يده فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره
نفذ على الوجه الذي اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له قال رحمه الله ولو قال
من ثمن متاع او قرض وهي زيوف او نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب
والوديعة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل
لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص
وذكر في النهاية لابي يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي
خان لهما انه تغيير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول
الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف والسلم جاز
والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها
والاذهان تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا الوجه فيصح بشرط
الوصل كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابي حنيفة
رحمه الله ان هذه الاشيا عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع
عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع
يرد على الثمن وكان رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن خمسة لانه استثنا القدر
فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن
دار اشتريتها منه الا انها رديه لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا
يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها
على ما بينا في استثنا البنا بخلاف ما اذا اقر بغصب الف درهم او بالوديعة
حيث يقبل قوله في هذه الاشيا لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان
يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله
الا انه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهما

نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان
القول قول القابض ضمينا كان او امينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا
لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير
فلا يصح مفصولا وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق
في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة
والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا انفصل كما في
القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد
واستحقاق الموجود به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على
انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال
ولو قال الا انه ينقص كذا متصلا صدق والا فلا لانه استثنا القدر فيكون
مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب
انقطاع النفس او بسبب دفع السعال فعن ابي حنيفة انه يصح اذا وصله به
وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثنا
في اخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون
عليهم حرج وعليه الفتوى قال رحمه الله ومن اقر بغصب ثوب وجا بمعيب
صدق لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بينا قال رحمه الله
وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال اخذتها غصبا فهو ضامن
لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان اخذ مال الغير سبب لوجوب
الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده ثم ادعا ما يوجب
البراة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه
ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا ان يحلف الخصم عن
اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول
قول المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك

لا يكون سببا لوجوب الضمان على الاخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك
يدعي عليه العقد وذلك ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا اذا اقر باخذ
الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا
قال رحمه الله ولو قال اعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لا اي لو قال
المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتنيها مني لا
يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون
مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر وكان
القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالد فع
كالاقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل اعطاوه والدفع لا يكون الا بقبضه
فوجب ان يكون اقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخليه والوضع بين يديه
والا اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة
فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه عدم في حق غيره قال رحمه الله وان
قال هذا كان وديعة لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه لان المقر اقر باليد
له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعا استحقاقه فلا على دعواه
فوجب عليه رد العين ان كان قايما والا فقيمته ولذا لو قال اقرضتك الف درهم
ثم اخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله وان قال اجرت
بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه فرده فالقول للمقر وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد القول قول من اخذ منه البعير والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة والاسكان ثم اخذه منهم وجه
القياس انه اقر باليد له ثم ادعا عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه
عليه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر وجه الاستحسان
ان اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون
اقرارا باليد لها مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة
والقرض لان اليد فيهما مقصوده فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر
في الاجارة والاعارة اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها اولم

يقر بذلك في مسئلة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون في غير صنعه بان يهب فيه الهواء او تلقيه في داره حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما توهم على القمي فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف الاخر ايضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم يكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشيء ولو قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه وانكر المقر له كان القول قوله فله ان ياخذها منه وهذا الظهور ان القابض قد اقر بانه مطلقة وانه اخذه منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعا عليه ما يبريه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصه والاخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوى الاجارة واشباهها لانه لم يقر فيها بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد منه ما يدل على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس في الاعارة والاجارة واقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يواخذون بها استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا البستان الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر لا بل استعنت بك ففعلت او فعلته باجرة ان القول للمقر لانه لم يقر له باليد صريحا ولا اقتضاء وانما اقر بمجرد فعل منه وذلك يكون من غير ثبوت يده فيه بان يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا تقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصور فعله في يد المقر وفي بيته بخلاف ما اذا اقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون اقرارا له بها اقرارا له

باليد ولو اقر ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلته وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه بالتسلسل الاصل قال رحمه الله ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به للاول صح اقراره وصار ملكا له وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ووجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر له بها وقد اتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني شيء لانه لم يقر بالايداع منه وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب اقر بالايداع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار ضامنا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال لفلان علي الف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزم لهما ولو كان المقر له واحدا بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه الفان استحسانا وهو الالفان والقياس ان يجب عليه المال الان وهو ثلاثة الالف وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح والاقرار بالثاني فلزماه فصار كما اختلف المقر لهما على ما بينا او اختلف جنس المالين بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا ولنا وجه الاستحسان انهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول الا انه عند اتحاذ الجنس والمقر له امكن جعله تكرارا كما اذا اقر له مرتين بان قال لفلان علي الف درهم ثم قال له علي الفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس او اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول والاقرار للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف او الف زيوف لا بل

جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه افضل
الصنفين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار والثوالث بين في الجنس
المتحد لان الاردى داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر
ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه
لكل واحد منهما كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي
للاول وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلانا مائة دينار
وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك
ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب اقرار المريض

قال رحمه الله دين الصحة وما لزمه في
مرضه بسبب معروف فيقدم على ما اقر به في مرض موته وقال الشافعي رحمه الله
دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار
وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في
الوجوب وصحته لصدوره عن عقل ودين لانهما يحملان على الصدق ويزجرانه
عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد
رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والانابة فاذا استويا في سبب
الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب
معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل ولنا ان الاقرار غير معتبر
اذا كان فيه ابطال حق الغير الا يرى انه اذا رهن عينا او اجره ليس له ان
يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا ايضا في اقراره ذلك لان حق
اصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم
غير مقيد بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره
مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه ولانه
التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي
النكاح ان كان يبطل لان حقه فيه من الحوائج الاصلية كاكله وملبسه
ومسكنه وثمن الادوية واجرة الطبيب ونحو ذلك فيتقدم على حق الغرما

بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرما اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق
بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض
حالة عجز فيمنع حتى لو اقر بعين في يده لاخر لا يصح في حق غرما الصحة والمرض
باسباب معلومة ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون بعض
لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما
اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل الى محل
عن ملكه الى محل حصله فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض او رد
المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا
بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة
فيما قبضت وكذا اذا استاجر عينا واوفى اجرتها فانهم يشاركونه لانه اخرج
عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع
لا تتعلق حقهم بها فصار كانه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه ان يشاركوه
فلهذا فان قيل يصح اقراره بوارث اخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة
لا سيما اذا كان المنزل يحجب غيره فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان كان
فيه ابطال حق غيره من الغرما بالمزاحمة ايضا بل اولى لانه ادنى من
الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدوا بالنسب
قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعوا
لم يضمنوا شيئا لانه ورث بالموت فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار
فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يصح الاقرار
لان احوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها
السابق واللاحق كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في
حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة
من الاطلاق والحجر فيتقدم دين الاطلاق على ما اقر به في حالة الحجر
كالعبد المأذون له اذا حجر عليه ثم اقر بما في يده فلا يقبل اقراره به ويقدم

فيه وديعة في حالة الاذن كما ذكرنا فلذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكنا تركناه بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي عليه السلام ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيتقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا لان شرط تعلق حقهم الفراغ ولهذا يتقدم نفقته عليهم

قال رحمه الله وأخّر الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها في حالة المرض لما بينا انفا

قال رحمه الله وان اقر المريض لوارثه بطل الا ان تصدقه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا يحجر عليه فيما فيه تبرع لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث وهي معروفة بان اودعها على روس الاشهاد ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يملك بالوصية لهم وهو القياس في الاقرار لاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من تواء اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي الى سد بابها والاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل

حقهم بالموت بشرط ان يتحد دينهما وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها الا ترى انا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا ان تصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم ولهذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان تصدقه البقية

قال رحمه الله وان اقر لاجنبي صح وان احاط والقياس ان لا يصح اصلا كما في حق الوارث او بما زاد على الثلث لما بيناه وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان

قال وان اقر لاجنبي ثم اقر ببنوته ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية حيث لا يصحان لها ايضا كما لا يصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب فصار كما اذا وهبها او اوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا ان النسب يستند الى حالة العلوق فيتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيئا او اوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا ينفذ الا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله ان الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت او كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما او لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بان اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها او والى رجلا

فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف رحمه الله لان
المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانيا وعند محمد يجوز شرط امتناع الاقرار
ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا بعد الاقرار
صار كالوارث في ذلك الوقت الا يرى انه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد وان
لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما
وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار
وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار
حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا ان الاقرار
حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها
وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا
بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا بالابن
ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار
ولو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض
لم يجز اقراره عند ابي يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال
اخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثا
وكذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر
لان اقراره للاجنبي قد تم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو اقر المريض بعبد لاجنبي
وقال الاجنبي هو لفلان ووارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو اقر الاجنبي
انه حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه قال رحمه الله ولو اقر لمن طلقها
ثلاثا فيه اي في المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان
طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو
فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن
لما اقر لها بالدين يتهمان فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق ليفتح
باب الاقرار لها فتعطى اقلهما لرد التهمة وعلى هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل
من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسألة بشعبها في الطلاق قال

قال رحمه الله وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام ثبت
نسبه ولو مريضا وشارك الورثة لان النسب من الحوائج الاصلية وهو
ايضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه حمل على غيره فيصدق فيصح وقد ذكرناها
في الدعوى والعتاق وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب
معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط ان يولد
مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون
تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا
يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك
الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله وصح اقراره اي
اقرار الرجل بالولد والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير
وشروطه ما بينا في الابن قال والزوجة والمولى لان موجب اقراره يثبت
بينهما بتصادقهما من غير اضرار باحد فينفذ قال واقرارها اي لا يصح اقرار
المرأة بالوالدين والزوج والمولى لان الاصل فيه ان اقرار الانسان على نفسه
حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل قال رحمه الله
وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل اقرار المرأة به بهذا الشرط
لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه السلام
الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلزمه بالاقرار
وهذا اذا كانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل
النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها
وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
فينفذ عليها فصار كما اذا ادعاه هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امرأته لا يصدق
في حقها الا بتصديقها قال رحمه الله ولا بد من تصديق هؤلاء يعني تصديق المقر
له في جميع ما تقدم ذكره لان اقراره على غيره لا يلزمهم لان كلامهم في يد نفسه الا
اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت
نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله

وصح التصديق بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب او
نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا اقرت المراة بالزوج
فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار
الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانها
من اثار النكاح ولهذا اجاز له غسله ميتا كما في حالة الحياة واما الثاني وهو ما اذا اقر
الرجل بالزوجية فصدقته بعد موته فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز تصديقها بعد موته لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي يتقرر
فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لانه
التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما
فيرث منها اذا الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها
على النكاح يقبل ولولا ان النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فلذا تصادقهما بعد
فيها ايضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر
واما الارث فلم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت
واما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه
لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء هو معدوم في الحال من كل
وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره وهو العدة
على ما مر وان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد ثم مات العبد وترك كسبا ثم التصديق بعد
الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلة الكسب فوجب
ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يتبع ملك المال الرقبة من الابتداء لانه في
حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا
لا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد واما الارث فانما يثبت بعد
موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها ه
بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدا فلا يصح وهذا
لان ما اقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها بما
اقرت به بل هو دعوى مبتداة فلا يقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة

لصاحبه خ

فانها حجة ملزمة فيثبت بها ما ادعاه قال رحمه الله وان اقر بنسب نحو الاخ والعم
لم يثبت يعني اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه
وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب او الجد بانه ابنه وكذا وكذا اذا اقر بالجد
او بابن الابن فانه لا يصح بان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة
الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا
على ذلك لان اقرارها حجة عليهما قال رحمه الله فان لم يكن له وارث غيره قريب او
بعيد ورثه وان كان لا اي ان كان للمقر وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث
لذوي الارحام او بعيدا كالمولى المولاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان
اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه اقر
بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره
فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له
ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له ان
يوصي بجميع ماله فلذا له ان يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان
للمقر ان يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ارث من
وجه حتى لو اوصى لغيره بالاكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر
مصرا على اقراره كانه وارث حقيقة قال رحمه الله ومن مات ابوه فاقر باخ
شركه في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه
غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر على البائع انه اعتقه قبل
البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه
حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب
المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شايعا في
التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات
ابوه اخ معروف فاقر باخ اخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر
نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شايع
في النصفين فينفذ اقراره في حصته ويبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له

عندنا

ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب أخيه فبطل
اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول انه في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر
ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت
تاخذ ثلث ما في يده وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما
يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة
انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس
ما في يده فتعامل ما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به وقال في الايضاح لو
اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يده لان في زعم
المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم
فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر
حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان
من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان
اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة قال رحمه الله وان
ترك ابنين وله على اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين منها فلا شيء للمقر
وللاخر خمسون لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على المقبوض لان
المقبوض عين الدين فيكون مضمونا على القابض دينا على ذمته ثم يتقاصان
فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت ٥
خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا
ياخذ منه شيئا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه وليس له ان يشارك
اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على
اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على
المقر بما زاد على الخمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان الوارث لا ياخذ
شيئا الا بعد قضاء الدين فيودي الى الدور وعلى مذهب ابن ابي ليلى ان
المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شايعا لانه اقر
على نفسه وعلى اخيه فاقراره في حقه مقبول صحيح وفي حق اخيه لا يقبل

فلا يصح

فلا يصح ولو اقر ان اباه قبض الكل والمسالة بحالها كان جوابه كالاولى الا
انه يحلف المنكر لحق المدعي بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل بريت
ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسالة الاولى حيث لا يحلف لحق
الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل
له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة اخرى غير الدين
والمسالة بحالها وقسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين
لما قلنا وللغريم ان يحلفه لما بينا فان نكل بريت ذمته وان حلف اخذ نصيبه
وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر باخذه منه
من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض الاب تقدما قر عليه بالدين والدين
مقدم على الميراث على الوجه الذي بينا والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب
تم الجزء الثالث بحمد الله تعالى وبركة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم
بنبيه الحمد والمنه والحمد لله رب العالمين وصلواته على سيدنا
محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى اله واصحابه وازواجه
وذريته الطيبين الطاهرين وسلم
تسليما كثيرا يتلوه في الجزء
الرابع ان شاء الله تعالى
كتاب الصلح وكان
الفراغ من كتابة هذا
الجزء نهار الاحد
سادس شهر رجب
الفرد سنة ٨٣٥
هجرية احسن الله
عاقبتها بمحمد واله
وكان في الشهر القبطي برمهات ١٣ يوما والشمس في برج الحوت في كر درج مط
دقايق على يد الفقير [illegible] عبد الرحمن بن محمد بن اسمعيل الحنفي الشهير بالمرحي غفر الله له